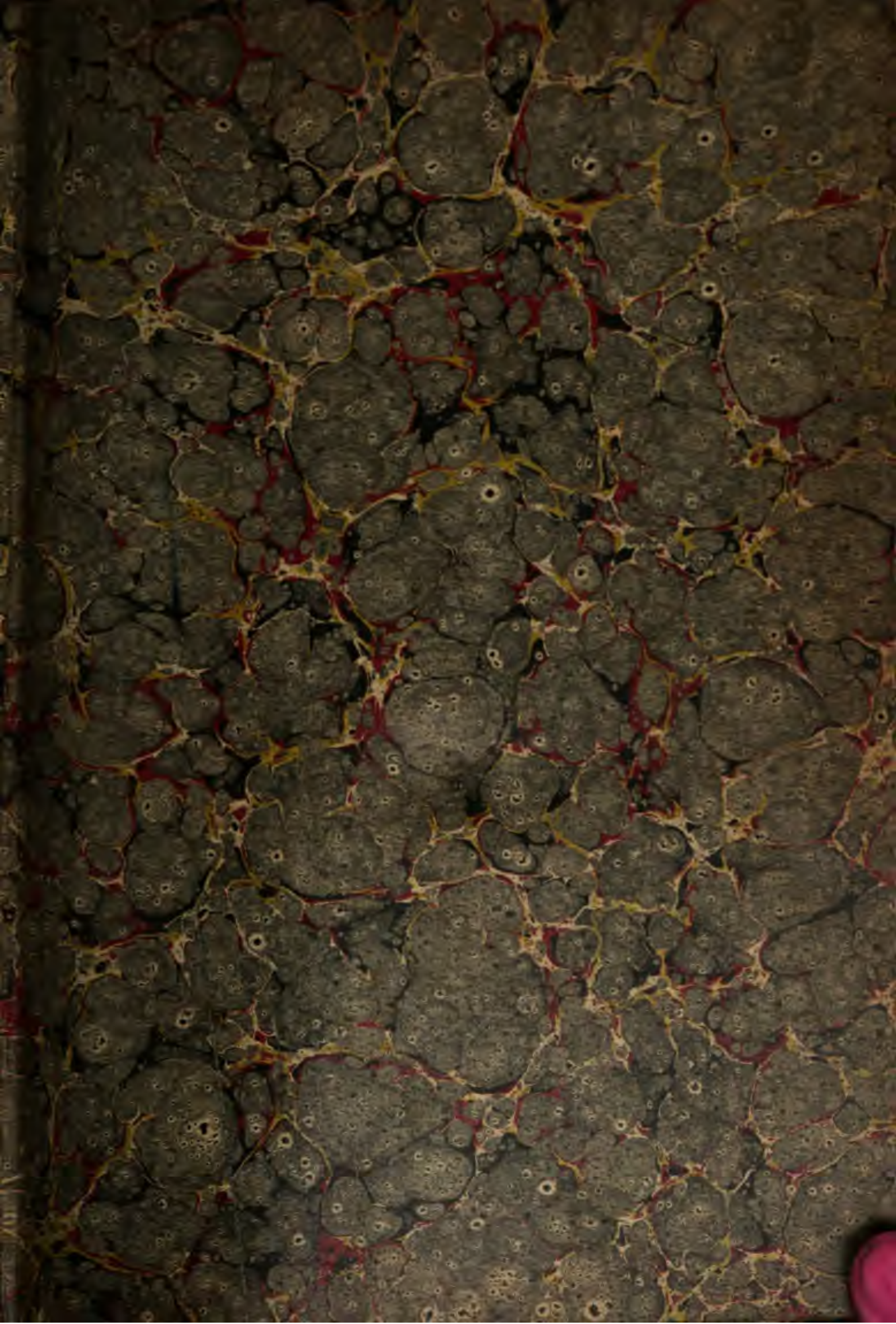



SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE





Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Dr. Rudolf v. Jhering
Geh. Justizrath und Professor an der Universität in Göttingen

und **Dr. Joseph Unger.**

In Verbindung

mit

Otto Bähr,
Obertribunalsrath in Berlin

und

Agathon Wunderlich,
Mitglied des Oberappellationsgerichts zu Lübeck.

Sechszehnter Band.
Neue Folge IV. Band.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer
vormals Friedrich Mauke.
1878.

~~Gov 10.1~~

~~IV 423~~

1877, June 4 – 1878, Oct. 4.
Sumner fund.

Inhalt.

Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Dr. Rudolf v. Jhering
Geh. Justizrath und Professor an der Universität in Göttingen
und **Dr. Joseph Unger.**

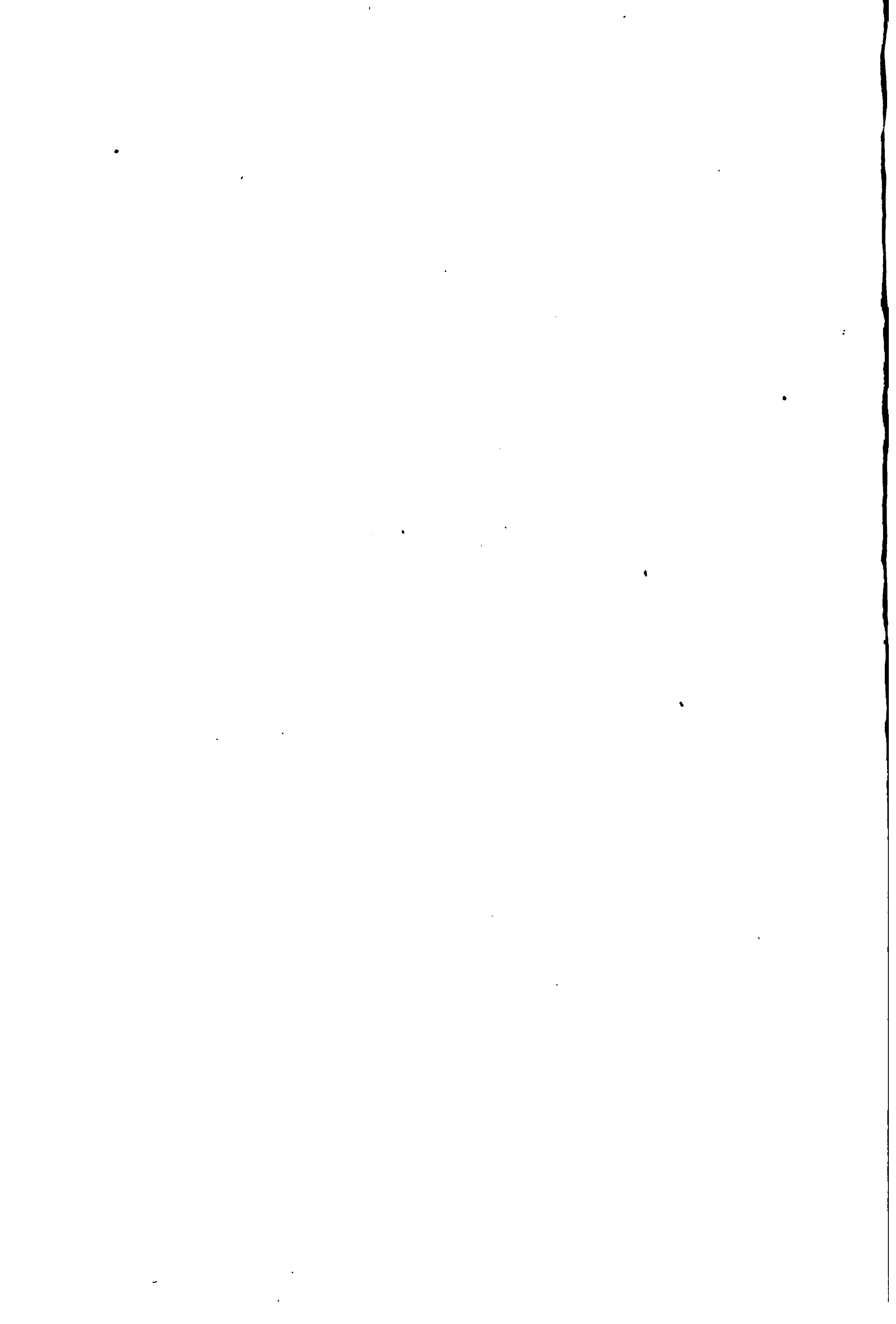
In Verbindung

mit

Otto Bähr,
Obertribunalsrath in Berlin
und
Agathon Wunderlich,
Mitglied des Oberappellationsgerichts zu Lübeck.

XVI. Band. 1. Heft.
Neue Folge IV. Band. 1. Heft.

Jena,
Verlag von Hermann Dufft.
1877.



I.

Ueber Vertragsschluß unter Abwesenden.

Von

Dr. jur. **Emil Kühn,**

Obergerichts-Anwalt zu Bremerhafen.

Unter Abwesenheit versteht man im gewöhnlichen Leben diejenige räumliche Trennung, welche mündlichen Gedankenaustausch unmöglich macht. Ein Vertrag unter Abwesenden liegt demnach dann vor, wenn zur Zeit der Handlung, welche den Vertrag perfizirt, die Vertragschließenden in der angegebenen Weise räumlich getrennt sind. —

Der Vertrag perfizirt sich stets durch eine Handlung, denn der Vertrag besteht aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen, und Willenserklärung ist Handlung. Die beiden Handlungen sind keine gleichzeitigen, sondern folgen auf einander. Wegen dieser Aufeinanderfolge wird es stets die Vollendung der zweiten Handlung sein, welche den Vertrag vollendet; es kommt demnach darauf an, ihren Anfangspunkt und ihren Endpunkt festzustellen.

Da die zweite Handlung als Erklärungshandlung unter den nämlichen Gesetzen steht wie die Erklärung überhaupt, so geben die Grundsätze über die begriffliche Vollendung der Erklärung die Richtschnur auch für die Vollendung des Vertrages, wenn nicht aus der besonderen Natur der zweiten Handlung oder aus positiven Rechtssätzen ein anderer Vollendungsmoment sich er-

giebt. Für den Beginn wird vor Allem maßgebend sein der Zeitpunkt, in welchem sich die erste Handlung vollendet hat. Dieser Zeitpunkt ist demnach festzustellen.

Es ist endlich aber auch zu untersuchen, ob zwischen vollendete erste Erklärung und Beginn der zweiten nicht noch ein weiteres juristisches Element des Vertrages zu setzen ist, und wie sich dasselbe verkörpert. Wenn überhaupt ein weiteres Vertragselement anzunehmen ist, so kann es nur derjenige Vorgang sein, durch welchen den beiden Handlungen ihr übereinstimmender Charakter aufgedrückt wird, der consensus.

Die erste Handlung bezw. Willenserklärung heißt Offerte, Antrag, Angebot, Proposition, ihr Subjekt Offerent, Anträger, Antragsteller, Proponent; die zweite heißt Annahme Annahmeerklärung, Acceptation, ihr Subjekt bis zu ihrer Vornahme Oblat, Adressat, Proposit, Anerbotener, Beantragter, nach ihrer Vornahme Acceptant.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich für das gestellte Thema folgende natürliche Eintheilung:

I. Wann ist unter Abwesenden die Offerte erklärt?

II. Consensus.

III. Wann ist unter Abwesenden die Annahme erklärt?

Zu einem Vertrage unter Abwesenden ist erforderlich, daß die Annahme unter Abwesenden erklärt werde, daß ein Gleiches mit der Offerte der Fall sei, ist nicht wesentlich, wenn auch unter Voraussetzung des ersten Falles gewöhnlich.

Es sollen dargestellt werden die Grundsätze des gemeinen Rechts, wobei indeß das Handelsgesetzbuch trotz seiner gemeinrechtlichen Natur außerhalb der Betrachtung bleibt. Die übrigen gemeinrechtlichen Rechtsquellen geben keine auf die vorliegende Frage als Ganzes gerichtete Regel sondern nur indirekte bezw. partielle Entscheidungen. Es wird demnach bei jedem Abschnitt festzustellen sein, was sich aus sonstigen anerkannten

Rechtsgrundsätzen, aus der ratio iuris, ergiebt, ob damit die partiellen Entscheidungen übereinstimmen; wenn nicht, ob diese auf Eine Regel schließen lassen und auf welche, inwieweit sie die aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechende Entscheidung modifiziren.

In einem Schlußabschnitt ist das Resultat einer Erörterung von der Seite seiner praktischen Brauchbarkeit zu unterziehen und anzudeuten, wieweit das H.G.B. etwaige Ausstellungen in dieser Hinsicht beseitigt hat.

I. Wann ist unter Abwesenden die Offerte erklärt?

Die Fragestellung fällt zusammen mit der Frage nach dem Zeitpunkt der Vollendung der Offerte an einen Abwesenden.

Inhaltlich vollendet ist die Offerte — die Offerte an einen Anwesenden sowohl wie die Offerte an einen Abwesenden —, wenn sie alle durch den Vertrag hervorzubringenden rechtlichen Wirkungen in so präciser Weise umfaßt, daß es nur einer einfachen Beistimmung des Oblaten bedarf, um den Vertrag fertig zu machen [1]). Denn die Offerte ist die Hälfte des Vertrages und zwar die den Vertrag einleitende Hälfte; deßhalb darf in ihr kein Punkt der künftigen Beredung fehlen, wenn er rechtliche Wirksamkeit erhalten soll. Ist der fehlende Punkt so wesentlich, daß ohne ihn die gewollte rechtliche Wirkung nicht eintreten kann, so ist die betreffende Erklärung keine Offerte, höchstens Aufforderung zur Offerte.

Da durch Vertrag die mannigfaltigsten Rechtswirkungen erzeugt werden können: Eigenthumsübertragung, Servitutenbestellung, Pfandrechtsbestellung, Begründung, Aufhebung und Modifikation von Obligationen, Erbeseinsetzung, Erbverzicht u. s. w., so ist auch der Offertinhalt der verschiedensten Gestaltung fähig.

1) cf. v. Vangerow, Pandekten Bd. III §. 603 Anm. 1. Aehnlich Thöl, Handelsrecht, 4. Auflage Bd. I §. 57 N. 5.

Der Offerent hegt bezüglich der Art, wie die Annahme erklärt werden soll, wohl stets eine gewisse Erwartung. Wenn er dieser Erwartung einen Ausdruck giebt ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen, so bildet diese Erwartung einen Theil des Offertinhaltes und unterliegt demselben rechtlichen Schicksal wie der übrige Inhalt der Offerte.

Einen stillschweigenden Ausdruck dieser Erwartung giebt der Offerent z. B., wenn er für die Offerte die Form mündlicher Erklärung wählt. Durch diese Wahl drückt er implicite aus, daß er sofortige Entscheidung in entsprechender Gegenäußerung will. Denn wer mündlich anbietet, fragt und wer fragt, will, wenn er keine Frist für Beantwortung setzt, sofortige entsprechende Antwort. Entsprechende Antwort oder Gegenäußerung ist nur möglich durch sofortige Ausführung — so bei Detailkäufen im Laden — oder durch sofortige mündliche Annahme [1]).

Den gedachten Inhalt hat die mündliche Offerte aber nicht, wenn der Offerent ausdrücklich ein Anderes bestimmt. Wenn er dies thut, wenn er z. B. Entscheidungsfrist gewährt oder zwar auch sofortige Entscheidung aber schriftlich haben zu wollen erklärt, gilt das Vorstehende nicht. Vom ersten Fall soll hier abgesehen werden. Im zweiten geht der bezügliche von ihm geäußerte Willensinhalt nur auf sofortige Ausstellung und Aushändigung der Schrift [2]).

Unter Abwesenden versteht sich eine den konkreten Umständen angemessene Entscheidungsfrist stets von selbst und bildet

1) Sofortige Entscheidung durch Wort oder That kann nicht erfolgen, ohne daß der Offerent die Entscheidung erfährt; deßhalb ist das Bewußtsein des Offerenten von der Annahme bei mündlicher Offerte regelmäßige und von ihm gewollte Begleiterin des perfekten Vertrages.

2) Daß er von ihrem Inhalte Kenntniß erhalte, ist nicht Offertbestandtheil. Der Vertrag ist nach seinem Willen sicher fertig, wenn er die Annahmeerklärung ungelesen in die Tasche steckt.

daher stets stillschweigenden Offertinhalt. Eine Offerte an einen 40 Meilen Entfernten mit dem ausdrücklichen Beisatz: „ich erwarte Antwort 5 Minuten nach gestellter Offerte", ist nicht ernstlich gemeint.

Im Uebrigen kann die vom Offerenten ausgedrückte Erwartung bezüglich der Annahmeerklärung den verschiedensten Inhalt haben. Sie kann dahin gehen, daß die Annahme erst nach Eintritt eines ungewissen Ereignisses erfolgen soll, nach längerer Zeit, vor Zeugen, vor dem Richter, notariell, per Brief, per Telegramm, per Boten, stillschweigend; daß sie vollendet sein soll erst durch Eingang des Uebermittelungsmittels beim Offerenten oder früher, durch Uebersendung der Waaren an einen Dritten, daß sie nicht an einem Sonntag oder Sonnabend erfolgen soll u. s. w. — In dieser Hinsicht sind dem Offerenten nur zwei Schranken gesteckt: er darf dem Oblaten als Annahmeerklärung resp. als Theil einer solchen nicht eine Handlung setzen, welche begrifflich die eigene Thätigkeit des Offerenten voraussetzt, z. B. Kenntnißnahme des Offerenten von dem eingegangenen Annahmebriefe. Zweitens: er darf als Annahmeerklärung keinen rein innerlichen Vorgang im Oblaten statuiren, mit anderen Worten, er kann als Acceptation nur setzen, was eine Aeußerung im Rechtssinn ist.

Auf Ersteres ist zurückzukommen; Letzteres beweist sich implicite aus dem, was unmittelbar folgt.

Zum Dasein der Offerte gehört nicht bloß ein den vorstehenden Bestimmungen gemäßer Willensinhalt sondern auch eine Handlung, in welcher der Willensinhalt zur Aeußerung kommt. Der Wille muß geäußert sein. „Es ist zweifellos, daß überhaupt im Recht der bloß innerliche Willensakt irrelevant ist, daß ferner auf dem Gebiete der Rechtsgeschäfte die vom Recht geforderte Bethätigung des Willens die Erklärung des Willens

ist[1])". Willenserklärung ist Willensäußerung in einer bestimmten Richtung.

Eine Aeußerung liegt vor, wenn Etwas durch Einwirkung eines Subjekts, einer Person — und zwar durch gewollte Einwirkung — in die Sinnenwelt getreten und damit aus dem Subjekt herausgetreten ist, wenn es sich von dem Subjekt losgelöst und deßhalb eine von ihm unabhängige Existenz gewonnen hat. Die Dauer der Existenz mag sehr kurz sein, die Existenz mag sehr bald wiederaufgehoben werden, die Wiederaufhebung mag im reinen Belieben des Subjekts stehen; das Geäußerte hat doch bestanden, es hat ein objektives Dasein gehabt, es ist selbst etwas Objektives gewesen, das Subjekt hat die freie Disposition über das Geäußerte verloren, denn das Subjekt vermag nicht mehr das Geäußerte rückgängig zu machen, rückwärts aufzuheben; die Aeußerung hat für das Subjekt eine Entäußerung zur Folge gehabt. Erst mit derartiger Verobjektivirung ist Etwas rechtlich greifbar und kann rechtlich berücksichtigt werden; vorher hat es noch keine Existenz für sich, ist noch etwas Subjektives und gilt auch rechtlich als Bestandtheil des Subjekts. In Summa: Willensäußerung ist Entäußerung eines bestimmten Willensinhalts, Willensentäußerung.

Zu gleichem Resultat führt folgende Erwägung. — Der Wille drängt zur That, zu entsprechender That, zur Verwirklichung seines Inhalts. Dem Wollenden liegt nichts ferner als Verwirklichung, die kein objektives Dasein erhält, die nicht aus ihm selbst heraustritt; dem Wollenden liegt nichts ferner als Verwirklichung, die keine ist. Zweck und Inhalt des Willens ist vielmehr nur Aeußerung mit Entäußerungswirkung. In solcher Entäußerung erkennt sich erst so zu sagen der Wille selbst wieder. So lange die Entäußerung nicht erreicht ist, ist der

---

1) Sohm, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. XVII N. F. Bd. II S. 82 i. f.

Wille nicht befriedigt, ist der Wille noch nicht voll ausgesprochen. Umgekehrt läßt nur die Entäußerung auf vollen Willen schließen. Das Recht aber kann nur den Vollwillen als Rechtswillen anerkennen; denn nur er ist in der That Wille.

Jedes Aeußerungsstadium vor Entäußerung ist nur Aeußerung eines Wunsches, ist Beweis, daß das Stadium des Wunsches vom Wollenden noch nicht überschritten ist. Die Richtung der Gedanken auf einen bestimmten Erfolg, verknüpft mit dem Bewußtsein, daß der Eintritt des Erfolges eigene Thätigkeit erfordere, die genaue Erwägung der einzelnen Bestandtheile dieser Thätigkeit, die Vorbereitung, selbst der Beginn dieser Thätigkeit sind noch Stadien des Wunsches, der sich für das Recht in Willen erst dann verwandelt, wenn die Thätigkeit bis zur Entäußerung fortgesetzt oder bis zu diesem Zeitpunkt in ihrer Fortwirkung belassen wird.

Wir erhalten die Regel: Begrifflich ist die Willensäußerung vollendet, wenn und von wann ab durch Thätigkeit des Subjekts der Willensinhalt die ihm entsprechende Verkörperung erhalten hat, und diese Verkörperung vom Subjekt nicht mehr rückgängig zu machen, insoweit aus seinem Willensbereich getreten ist. Unter mehreren Möglichkeiten der Verkörperung ist jede hinreichend, die diesen Erfolg hat; das Recht begnügt sich mit derjenigen, die den geringsten Kraftaufwand fordert.

Es erhellt, daß für den Vollendungszeitpunkt neben äußeren Umständen, z. B. Abwesenheit, der Willensinhalt von großer Wichtigkeit ist. Bei der auf Eigenthumsübertragung durch Besitzübergang gerichteten Willensäußerung — der Traditionsofferte — ist eine dem Willensinhalt entsprechende Aeußerung erst dadurch gegeben, daß sich der Offerent des Besitzes Zwecks Uebertragung entäußert hat. Dies ist bei Grundstücken sehr häufig und unter Abwesenden stets ein sehr komplicirter Hergang, wenn nicht durch s. g. brevi manu traditio oder constitutum

ist [1])". Willenserklärung ist Willensäußerung in einer bestimmten Richtung.

Eine Aeußerung liegt vor, wenn Etwas durch Einwirkung eines Subjekts, einer Person — und zwar durch gewollte Einwirkung — in die Sinnenwelt getreten und damit aus dem Subjekt herausgetreten ist, wenn es sich von dem Subjekt losgelöst und deßhalb eine von ihm unabhängige Existenz gewonnen hat. Die Dauer der Existenz mag sehr kurz sein, die Existenz mag sehr bald wiederaufgehoben werden, die Wiederaufhebung mag im reinen Belieben des Subjekts stehen; das Geäußerte hat doch bestanden, es hat ein objektives Dasein gehabt, es ist selbst etwas Objektives gewesen, das Subjekt hat die freie Disposition über das Geäußerte verloren, denn das Subjekt vermag nicht mehr das Geäußerte rückgängig zu machen, rückwärts aufzuheben; die Aeußerung hat für das Subjekt eine Entäußerung zur Folge gehabt. Erst mit derartiger Verobjektivirung ist Etwas rechtlich greifbar und kann rechtlich berücksichtigt werden; vorher hat es noch keine Existenz für sich, ist noch etwas Subjektives und gilt auch rechtlich als Bestandtheil des Subjekts. In Summa: Willensäußerung ist Entäußerung eines bestimmten Willensinhalts, Willensentäußerung.

Zu gleichem Resultat führt folgende Erwägung. — Der Wille drängt zur That, zu entsprechender That, zur Verwirklichung seines Inhalts. Dem Wollenden liegt nichts ferner als Verwirklichung, die kein objektives Dasein erhält, die nicht aus ihm selbst heraustritt; dem Wollenden liegt nichts ferner als Verwirklichung, die keine ist. Zweck und Inhalt des Willens ist vielmehr nur Aeußerung mit Entäußerungswirkung. In solcher Entäußerung erkennt sich erst so zu sagen der Wille selbst wieder. So lange die Entäußerung nicht erreicht ist, ist der

---

1) Sohm, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. XVII N. F. Bd. II S. 82 i. f.

Wille nicht befriedigt, ist der Wille noch nicht voll ausgesprochen. Umgekehrt läßt nur die Entäußerung auf vollen Willen schließen. Das Recht aber kann nur den Vollwillen als Rechtswillen anerkennen; denn nur er ist in der That Wille.

Jedes Aeußerungsstadium vor Entäußerung ist nur Aeußerung eines Wunsches, ist Beweis, daß das Stadium des Wunsches vom Wollenden noch nicht überschritten ist. Die Richtung der Gedanken auf einen bestimmten Erfolg, verknüpft mit dem Bewußtsein, daß der Eintritt des Erfolges eigene Thätigkeit erfordere, die genaue Erwägung der einzelnen Bestandtheile dieser Thätigkeit, die Vorbereitung, selbst der Beginn dieser Thätigkeit sind noch Stadien des Wunsches, der sich für das Recht in Willen erst dann verwandelt, wenn die Thätigkeit bis zur Entäußerung fortgesetzt oder bis zu diesem Zeitpunkt in ihrer Fortwirkung belassen wird.

Wir erhalten die Regel: Begrifflich ist die Willensäußerung vollendet, wenn und von wann ab durch Thätigkeit des Subjekts der Willensinhalt die ihm entsprechende Verkörperung erhalten hat, und diese Verkörperung vom Subjekt nicht mehr rückgängig zu machen, insoweit aus seinem Willensbereich getreten ist. Unter mehreren Möglichkeiten der Verkörperung ist jede hinreichend, die diesen Erfolg hat; das Recht begnügt sich mit derjenigen, die den geringsten Kraftaufwand fordert.

Es erhellt, daß für den Vollendungszeitpunkt neben äußeren Umständen, z. B. Abwesenheit, der Willensinhalt von großer Wichtigkeit ist. Bei der auf Eigenthumsübertragung durch Besitzübergang gerichteten Willensäußerung — der Traditionsofferte — ist eine dem Willensinhalt entsprechende Aeußerung erst dadurch gegeben, daß sich der Offerent des Besitzes Zwecks Uebertragung entäußert hat. Dies ist bei Grundstücken sehr häufig und unter Abwesenden stets ein sehr komplicirter Hergang, wenn nicht durch s. g. brevi manu traditio oder constitutum

possessorium eine Vereinfachung eintritt. Dagegen ist die mündliche Aeußerung der Schenkungsabsicht ein sehr einfacher Hergang; mit dem Augenblick, in dem die Worte fallen, hat sich das Subjekt ihrer entäußert.

Willenserklärung ist Willensäußerung in einer bestimmten Richtung, d. h. bei der Willenserklärung ist eine bestimmte Richtung Theil des Aeußerungskörpers. Mithin vollendet sich die Willenserklärung erst dann, wenn neben dem Uebrigen auch in Beziehung auf die bestimmte Richtung Entäußerung stattgefunden hat. Mit a. W.: die Willenserklärung als solche ist vollendet, wenn und von wann ab durch Thätigkeit des Subjekts die bestimmte Richtung vom Willen des Subjekts unabhängig, eine unwiderrufliche geworden ist.

Es giebt Aeußerungsmittel, die in einer bestimmten Richtung die Wirkung der Entäußerung nicht haben können. Mündliche Rede an einen Abwesenden oder an einen Tauben, französische Rede an einen des Französischen Unkundigen, schriftliche Aeußerung, Winke an einen Blinden u. dgl. mehr werden niemals den Erfolg haben, daß das Subjekt über sie in der Richtung des Gegners die Verfügung verliere, sich ihrer entäußere. Diese Aeußerungsmittel sind deßhalb in den fraglichen Richtungen als Erklärungsmittel untauglich; eine durch sie vermittelte Erklärung ist keine Erklärung im Rechtssinn, wenn der Gegner sich in einem der erwähnten Zustände befindet. Von diesen Zuständen ist die Abwesenheit nur einer, die Wirkung der übrigen gegenüber den jeweilig in Frage stehenden Aeußerungsmitteln ist ganz die gleiche. Deßhalb darf man sie alle unter der Bezeichnung: Abwesenheit im weiteren oder im Rechtssinn zusammenfassen.

Es gehören hierher übrigens, wie ausdrücklich hervorge-

hoben werden soll, nur solche Zustände, welche nicht dauernde Handlungsunfähigkeit zur Folge haben.

Abwesenheit ohne besonderen Beisatz wird in vorliegender Abhandlung zur Bezeichnung des Zustandes räumlicher Trennung verwendet werden. Maßgebend dafür ist der gewöhnliche Sprachgebrauch sowie die Erwägung, daß bei Verträgen räumliche Trennung bei Weitem der häufigste unter den angegebenen Zuständen ist.

Bei Verträgen hat die zeitlich vorangehende Aeußerung den Charakter der Offerte, d. h. sie verfolgt neben der Aeußerung des eigenen Willens den weiteren Zweck, bei einem Anderen eine übereinstimmende Willensäußerung hervorzurufen. Sie ist demnach stets Erklärung und zwar Erklärung in der Richtung der anderen Person.

Die andere Person — der Oblat — ist zur Zeit, wo die Offerte gestellt wird, entweder individuell bestimmt — Offerte ad certam personam — oder nicht — Offerte ad incertam personam. —

Es leuchtet ein, daß eine Aeußerung eine bestimmte Richtung auf eine individuell nicht feststehende Person nur dann haben kann, wenn sie in sich selbst Momente enthält, welche die zukünftige Bestimmtheit des Oblaten ebenso sicher stellen als dies für die Gegenwart durch die individuelle Feststellung geschieht. Diese Bedingung wird erfüllt durch eine genaue, übrigens auch stillschweigend denkbare, Feststellung dessen, was als Annahmehandlung gelten soll; dann ist derjenige, welcher die Annahmehandlung wie sie vorgeschrieben ist in Zukunft vornehmen wird, gegenwärtig als Oblat gemeint, er und kein Anderer. Er ist dann auch im Sinne des Rechts hinreichend bestimmt.

Was bei jeder Offerte möglich ist: eine Vorschrift des Offerenten über die Art der Annahmehandlung, ist mithin bei der Offerte ad incertam personam nothwendig, gehört zum Begriff.

Es leuchtet ferner ein, daß die Mittel zur Aeußerung einer Offerte ad incertam personam weit weniger zahlreich sind als die zu einer Offerte ad certam personam dienlichen; es sind nur solche, welche Mehreren die Möglichkeit eröffnen, von der Offerte Kenntniß zu nehmen und doch keinen Zweifel darüber lassen, daß nur Einer als Oblat gemeint ist [1]). Den ersten Zweck erfüllen z. B. die Bekanntmachung in öffentlichen Blättern und das Ausbieten vor versammelter Menschenmenge; ob sie auch der zweiten Forderung genügen, ist quaestio facti.

Als Resultat ziehen wir: der Oblat ist hinreichend bestimmt, wenn die Offerte eine genau vorgeschriebene Annahmehandlung enthält.

Die Offerte ist Aeußerung, sie ist Erklärung, sie ist Erklärung in der Richtung des Oblaten. Den vorstehenden Ausführungen zufolge ist sie demnach vollendet mit dem Augenblick, von welchem ab sie — vom vorgeschlagenen Vertragsinhalt abgesehen — in der ihr vom Offerenten zu gebenden Richtung auf den Oblaten vom Willen des Offerenten unabhängig wird.

Dieses vorläufige Resultat ist bei den wichtigsten Erklärungsmitteln [2]) näher zu bestimmen und auf seine Richtigkeit zu

1) Nämlich ein Oblat für jede Offerte. Eine Handlung kann freilich mehrere Offerten an ebenso viele Oblaten enthalten. So enthält jedes Wechselaccept neben dem fertigen Wechselversprechen an den Wechselnehmer eine Anzahl von Wechselofferten ad incertam personam, nämlich eine an Jeden, auf den einmal der Wechsel indossirt werden wird. So viele künftige Indossatare, so viele Wechselofferten ad i. p. —. Die vom Acceptanten vorgeschriebene Annehmehandlung ist das Nehmen der mit dem Indossament ausgefüllten Wechselurkunde durch den Indossatar. Diese Annahmehandlung schreibt der Acceptant nicht ausdrücklich sondern stillschweigend vor; die konkludente Handlung ist das Acceptiren eines Wechsels. Vgl. über die Offerten ad i. p. die überzeugende Darstellung bei Sohm a. a. O. pag. 46—81. Sehr beachtenswerth, wenn auch in theilweisem Gegensatz zu Sohm, ist die einschlägige Erörterung bei Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen Heft I p. 49 u. 50.

2) Man kann 3 Grundformen oder Hauptmittel der Aeußerung auf-

prüfen; der Aufgabe gemäß unter vorzüglicher Berücksichtigung der Abwesenheit.

Die mündliche Rede. Beim gesprochenen Wort fallen Aeußerung und Entäußerung zeitlich zusammen. Der Sprechende verliert die Verfügung über das, was er gesagt hat, mit dem Augenblick, wo er es gesagt hat. Das gesprochene Wort als solches kann demnach nie wieder zurückgenommen werden. Wenn der gewöhnliche Sprachgebrauch „Zurücknahme" eines Ausdrucks, einer Injurie u. dgl. zuläßt, so wird damit — in logisch nicht ganz korrekter Weise — bezeichnet: Wiederaufhebung, Widerruf des Ausdrucks, der Injurie, ein dem früheren entgegengesetzter Ausdruck, dem vermöge einer Fiktion die Wirkung beigelegt wird, den früheren nicht bloß aufzuheben sondern auch ungeschehen zu machen. An sich hat das Wort doch gelebt.

Wenn demnach das Recht den Eintritt einer gewissen Wirkung von einem bloßen bestimmten Sprechen abhängig macht, so kommt diese Wirkung mit dem Augenblick des Sprechens zum rechtlichen Dasein. Anders, wenn die Rede, um Rechtswirkungen zu erzeugen, eine gewisse Richtung haben muß. Falls sie die Richtung nicht hat oder nicht haben kann, treten auch die Rechtswirkungen nicht ein, denn die mündliche Aeußerung kann sich als Erklärung nicht vollenden. Richtung haben auf Jemanden heißt in der begrifflichen Möglichkeit sich befinden, den-

---

stellen: Wort, Gedankenbild (wohin vornehmlich die Schrift gehört) und Zeichen. „Zeichen" ist ein zusammengesetzter und nur negativ zu bestimmender Begriff, denn er umfaßt jeden körperlichen Akt, der nicht unter das „Wort" und unter den — gleichfalls zusammengesetzten — Begriff „Gedankenbild" fällt. Man sieht, selbst diese Grundformen sind künstliche Kategorien, d. h. sie sind eben keine Grundformen im strengsten Sinne des Wortes und eignen sich wenig als Eintheilungsgrundlagen. Es ist daher von ihnen in dieser Eigenschaft hier um so mehr abgesehen worden, als die Begriffe „Erklärungsmittel" und „Aeußerungsmittel" sich nicht decken. Die Erklärungsmittel sind vielmehr nach ihrer praktischen Wichtigkeit aufgeführt und mehr oder weniger eingehend behandelt.

selben zu erreichen. Mündliche Rede an einen Tauben, an einen Abwesenden, an einen Schlafenden kann begrifflich den Abwesenden, Tauben &c. nicht erreichen, hat also auch nicht die Richtung auf diese Personen. Auf denjenigen dagegen, den das Wort begrifflich erreichen kann, ist es vom Augenblicke an, in dem es fällt, unverrückbar gerichtet. — cf. p. 8. —

Resultat: Mündliche Offerterklärungen an einen Abwesenden sind rechtlich keine; Verträge, welche eine mündliche Offerterklärung erfordern, können unter Abwesenden nicht zu Stande kommen. Ein solcher Vertrag war die römische stipulatio.

Die Schrift. — Die Willensäußerung mittelst Schriftzeichen ist vollendet mit der Hervorbringung der Schriftzeichen in der erforderlichen Art und Zahl durch das Subjekt, d. h. sie ist vollendet mit der Schrifturkunde im weitesten Sinne dieses Worts. Die Willenserklärung mittelst Schriftzeichen erfordert zu ihrer Vollendung außerdem eine Thätigkeit des Subjekts, durch welche sich dasselbe der Schrifturkunde in bestimmter Richtung definitiv begiebt. Bei der Offerte ist diese Richtung durch den Oblaten gegeben. Die schriftliche Offerte ist mithin vollendet, wenn und von wann ab der Offerent die von ihm der Schrifturkunde gegebene Richtung auf den Oblaten nicht mehr verändern kann. Erst mit diesem Zeitpunkt ist er der Verfügung über den Inhalt der Schrifturkunde beraubt, entäußert und zwar in Folge seiner eigenen Thätigkeit; erst dadurch, daß er diesen Zeitpunkt ohne Veränderung der Richtung hat herankommen lassen, hat er die Energie des Wollens gezeigt, welche das Recht erheischt.

Die zum Zweck der Erklärung abgefaßte Schrifturkunde heißt Brief, wenn der Offerent sie dem Oblaten tradiren und dadurch in das Eigenthum desselben bringen will. Im modernen Verkehr ist der Brief die bei Weitem häufigste Art schriftlicher Erklärung. Im Zweifel hat demnach jede zu übersendende

Schrifturkunde den Charakter des Briefes; für die Briefqualität einer solchen streitet eine einfache Rechtsvermuthung.

Der Vollendungszeitpunkt der schriftlichen Offerterklärung bestimmt sich sehr verschieden je nach der Natur des in Frage stehenden Falles.

Unter Anwesenden. Es ist zu unterscheiden zwischen Offerte durch Brief und Offerte durch anderweitige Schrifturkunde, z. B. durch Niederschrift auf einer Schreibtafel oder im Notizbuch des Offerenten. Bei dieser vermag der Offerent der Offerte auf keinem anderen Wege eine Richtung auf den Oblaten zu geben als durch Gewähren der Kenntnißnahme. Unwiderruflich gegeben ist diese Richtung erst dann, wenn der Oblat Kenntniß genommen hat. Dieser Augenblick ist daher Perfektionsmoment. — Bei der brieflichen Offerte wird das Perfektionsmoment regelmäßig mit der Uebergabe des Briefes an den Oblaten durch den Offerenten eintreten; eine Entäußerung auf anderem Wege ist kaum denkbar. Das Werfen auf einen Tisch z. B. mit der Aufforderung an den anwesenden Gegner, den Brief an sich zu nehmen, ist noch immer keine volle Entäußerung; sie entzieht dem Offerenten noch nicht definitiv die Entscheidung über Zurücknahme, er müßte denn den Raum verlassen, in welchem er sich bisher mit dem Oblaten befunden hatte. Dann ist aber die die Verfügung entziehende Handlung das Verlassen des Raumes, also die Herstellung des Zustandes der Abwesenheit. Der Termin der Entäußerung bestimmt sich dann nach den Regeln über schriftliche Offerte unter Abwesenden.

Unter Abwesenden. Es kann zwar, wie z. B. beim brevi-, manu-Schreiben mit Remissionsvermerk der Eigenthumsübergang der zu übersendenden Schrifturkunde ausgeschlossen sein, oder es kann, wie bei dem vom künftigen Oblaten zugesandten besonderen Subskriptions-Formular, das Eigenthum an der Schrifturkunde bereits begründet sein. Die regelmäßige Art

der schriftlichen Korrespondenz unter Abwesenden ist indeß der Brief und soll dieser auch allein näher behandelt werden [1]).

Der Brief kann die erforderliche Richtung auf den Oblaten empfangen lediglich durch eigene Thätigkeit des Offerenten oder durch gleichzeitige Anspruchnahme und Veranlassung fremder Thätigkeit: eines eigenen Boten, des allgemeinen Boten d. h. der Post, eines von dem Gegner abgesandten Boten.

Lediglich durch eigene Thätigkeit wird die Richtung bestimmt beispielsweise beim Selbstwerfen des Briefes in einen vom Oblaten an seinem Hause angebrachten Briefkasten. Vollendungszeitpunkt: der Augenblick, von welchem ab der Brief aus dem Briefkasten vermöge der Konstruktion desselben ohne Lädirung des Kastens nicht mehr herausgezogen werden kann. — Lediglich durch eigene Thätigkeit des Offerenten empfängt der Offertbrief seine Richtung auch dann, wenn der Offerent mit ihm den Oblaten aufsucht, denselben auch findet, aber in einem Zustande, welcher vorübergehend die Anwesenheit neutralisirt und deßhalb unter den oben aufgestellten Begriff der Abwesenheit im weiteren Sinn fällt. Dahin gehören Schlaf, sinnlose Trunkenheit und sonstige vorübergehende Bewußtlosigkeit. Wann und wodurch die Offerte sich vollendet, wird auf die begleitenden Umstände ankommen. Beispiel: A will dem B eine Kaufofferte machen und begiebt sich zu B, um demselben die Offerte mündlich zu erklären, schreibt aber für alle Fälle vorher die Offerte nieder, couvertirt sie, adressirt sie an B und nimmt sie mit. Er trifft den B schlafend, weckt ihn, theilt ihm die Offerte mündlich mit, merkt aber, daß B in der Schlaftrunkenheit Nichts versteht und legt deßhalb den Brief auf den Tisch vor den B so, daß dieser beim Aufwachen den Brief bemerken muß. B schläft wieder fest ein, ohne zur Besinnung

1) Es soll hier überhaupt ebensowenig wie bei den übrigen Erklärungsmitteln eine erschöpfende Kasuistik gegeben werden.

gekommen zu sein. Bis kurz vor der Zeit, wo B wirklich aufwacht, hat A Zugang zu dem Raum, in dem sich B aufhält und kann deßhalb während dieser Zeit den Brief wieder an sich nehmen. Offenbar vollendet sich die Offerte nach den gleichen Grundsätzen wie unter Abwesenden im eigentlichen Sinn, denn B ist unzugänglich für Worte und demnach im Sinne des Rechts abwesend, wenn auch leiblich anwesend zur Zeit, wo ihn die mündliche Offerte gestellt und die schriftliche zurückgelassen wird. Da trotz des Zurücklassens A die Verfügung über den Brief erst von dem Augenblicke an verliert, wo er keinen Zugang zu B mehr hat, so ist dieser Augenblick der Moment der Vollendung. Gesetzt B wacht vorher auf, so ist dies der Augenblick, wo A die Verfügung über seine schriftliche Erklärung verliert, obgleich er noch freien Zugang hat.

Wenn der Offerent sich eines eigenen Boten bedient, so ist die Offerterklärung in dem Augenblicke vollendet, von welchem ab der Bote in keiner Weise mehr zurückgerufen werden kann, denn von da ab verfolgt die Offerte die ihr vom Offerenten gegebene Richtung unabhängig von seinem Willen weiter fort.

Analoges muß von der Beförderung per Post gelten. Begrifflich fällt die Vollendung in den Augenblick, wo der Offerent den Brief von der Post mit Erfolg nicht mehr zurückfordern kann [1]).

---

1) Denn von diesem Augenblicke an hat die Offerterklärung Leben und Richtung in der zu objektivem Dasein erforderlichen Selbstständigkeit. Daß der Brief noch im Eigenthum und juristischen Besitz des Offerenten ist, kommt nicht in Betracht. Die Bestimmung der Schrifturkunde, in das Eigenthum des Oblaten überzugehen, ist im Verhältniß zur Vollendung der Erklärung als solcher etwas Zufälliges; wie könnte es sonst neben dem Brief Mittel schriftlicher Erklärung geben, die diese Bestimmung nicht haben? Der Eigenthumsübergang hat seine ratio in Erwägungen, wie sie das HGB. im Auge hat, wenn es A. 28 den Kaufmann verpflichtet, die empfangenen Handelsbriefe aufzubewahren und in ähnlichen Motiven. Mit

Dies ist z. B. der Fall, wenn der Brief bereits dem Oblaten ausgehändigt worden ist, oder die Postverwaltung selbst in der thatsächlichen Unmöglichkeit sich befindet, den Brief wieder zu beschaffen. Man denke an einen Brief, der bereits auf dem Seewege nach einer außerhalb des telegraphischen Verkehrs belegenen Insel ist.

Die Ausschließung der Zurückforderung kann aber auch im Postrecht ihren Grund haben. Aus Rücksichten auf die Erleichterung der Verwaltung kann sich die eine Postgesetzgebung auf den Standpunkt stellen, daß sie einen zur Beförderung gegebenen Brief gar nicht wieder ausliefert. Eine andere Postgesetzgebung mag eine Auslieferungspflicht anerkennen in ausgedehnterem oder beschränkterem Maße. Das deutsche Postrecht stellt für die Post als den allgemeinen Boten die nämlichen Grundsätze auf, welche für den Privatboten des Absenders gelten, mit der aus der Natur der Sache sich ergebenden Modifikation, daß der Absender sich ihr gegenüber als solcher legitimiren muß [1]).

---

der Vollendung der Erklärung bezw. Offerterklärung als Erklärung bezw. Offerte hat Derartiges gar Nichts zu thun. Deßhalb vollziehen sich auch beide rechtliche Thatsachen ganz unabhängig von einander.

1) In Ausführung des Gesetzes über das Postwesen des deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871 §. 50 sub 3 bestimmt das Postreglement vom 30. November 1871 §. 30 unter der Ueberschrift: „Zurückforderung von Postsendungen durch den Absender" wie folgt:

Die zur Post eingelieferten Sendungen können von dem Absender vor deren Zustellung an den Adressaten zurückgenommen werden.

Die Zurücknahme kann erfolgen am Orte der Aufgabe oder am Bestimmungsorte, ausnahmsweise auch, insofern dadurch keine Störung des Expeditionsdienstes herbeigeführt wird, an einem unterwegs gelegenen Umspeditionsorte.

Die Zurückgabe geschieht an denjenigen, welcher den Einlieferungsschein, wenn aber ein solcher nicht ertheilt ist, ein von derselben Hand, von welcher die Originaladresse der Sendung geschrieben ist, geschriebenes Duplikat der Adresse abgiebt.

Es leuchtet ein, daß die in den p. 16 nota 1 angeführten Bestimmungen enthaltene Modifikation des an ihre Spitze gesetzten Prinzips seine Verwirklichung im einzelnen Fall hindern kann. So, wenn das Duplikat der Adresse nicht zu beschaffen und deßhalb die Legitimation unmöglich ist; so wenn die Reklamation zwar vor Aushändigung aber doch so spät erfolgt, daß selbst der Telegraph die Aushändigung nicht mehr hindern kann. Mit anderen Worten: eine gute Postgesetzgebung und eine gut geleitete Postverwaltung können die Frist, innerhalb welcher der Absender Verfügung über die briefliche Offerte behält, wohl verlängern, den Erfolg, daß der Endpunkt dieser Frist mit der Aushändigung zusammenfalle, zu erzielen ist für sie unmöglich. Faktisch unmöglich, denn rechtlich wird die Vollendungsfrage durch das Postrecht gar nicht berührt. Dieses regelt nach §. 50 cit. des Reichspostgesetzes [1]), was auch ganz selbstverständlich ist, lediglich das Verhältniß zwischen Absender und Post.

Wenn endlich der Offerent die schriftliche Offerte durch einen Boten befördert, der im Auftrage des Oblaten den Brief empfängt, so ist der Augenblick der Uebergabe des Briefes an denselben Vollendungsmoment der Offerte. Der Brief ist von diesem Momente an Eigenthum des Oblaten, und hat der Offerent jede rechtliche Einwilligung auf die Richtung seiner Offerte verloren. Denn es ist zwar, wie wir sehen, möglich, daß

Ist die Sendung bereits abgegangen, so hat derjenige, welcher dieselbe zurückfordert, den Gegenstand bei der Postanstalt des Abgangsortes schriftlich so genau zu bezeichnen, daß derselbe unzweifelhaft als der reklamirte zu erkennen ist. Die gedachte Postanstalt fertigt das Reklamationsschreiben aus.

Soll die Zurückforderung auf telegraphischem Wege geschehen, so darf eine desfallsige Depesche nicht abgesandt oder derselben Folge gegeben werden, wenn nicht die Postanstalt des Aufgabeorts amtlich bescheinigt hat, daß der Absender sich als zur Zurückforderung berechtigt bei derselben legitimirt hat; daß dies geschehen, muß in der Depesche bemerkt sein.

[1]) „Diese Vorschriften — des Reglements — gelten als Bestandtheil des Vertrags zwischen der Postanstalt und dem Absender bezw. Reisenden."

eine schriftliche Offerte als Offerterklärung vollendet ist, bevor der Brief, in dem sie gestellt ist, aus dem Eigenthum des Offerenten in das des Oblaten übergegangen ist, es ist aber rechtlich undenkbar, daß der Brief durch Tradition des Offerenten in das Eigenthum des Oblaten übergehe, ohne daß Jener sich zugleich der im Brief enthaltenen Offerte begebe, die Offerte aus dem Stadium der Subjektivität in das der Objektivität übergehe.

In den meisten der behandelten Fälle fällt der Perfektionsmoment der schriftlichen Offerte vor Eingang des Briefes beim Oblaten. Wir folgerten dies aus dem Wesen der Willenserklärung und aus dem Wesen der Offerte. Die begriffliche Vollendung der Willenserklärung überhaupt und der Offerte insbesondere ist unabhängig von ihrem Eingange beim Destinaten bezw. Oblaten.

Das geschriebene Wort unterscheidet sich in Manchem vom gesprochenen. In einem Punkte unterliegen sie indessen ganz gleichen Grundsätzen. Auch das geschriebene Wort, einmal zu vollem Dasein gelangt, kann zwar wieder untergehen, es kann so zu sagen sterben, aber es hat existirt. Diese Thatsache, daß es existirt hat, ist nicht zu tilgen; grade daß es sterben kann, beweist sein früheres Leben. Dies gilt für schriftliche Offerte, aber auch für schriftliche Acceptation; überhaupt für jede existent gewordene Thatsache, welcher Art sie sein mag.

In allen Fällen in denen die schriftliche Offerte durch Gewähren der Kenntnißnahme an den Oblaten ihre Richtung empfängt, ist diese Richtung einem blinden Oblaten gegenüber unmöglich, die Schrift insoweit auch als Erklärungsmittel rechtlich ausgeschlossen. Beispiele s. oben. Es verhält sich damit wie mit der mündlichen Offerte an einen Tauben. Beim Brief ist die Richtung auf den Oblaten nicht durch seine Kenntnißnahme bedingt; deßhalb ist er auch dem Blinden gegenüber zu-

lässiges Erklärungsmittel. Ob eine briefliche Offerte an einen Blinden zum Vertrage führt, hängt freilich noch von anderen Umständen ab.

Der erklärende Bote. — Vom erklärungstragenden Boten war bereits die Rede. Hier handelt es sich um eine Zwischenperson, die ihrem Rechtsbegriff nach selbst erklären, Alles, was zu erklären ist erklären, aber nur fremden Willensinhalt erklären soll, von dem eigenen Willen in die Erklärung gar Nichts aufnehmen darf. Der Bote ist nicht Willensvertreter sondern Erklärungsvertreter. Das geringste Hinzuthun eigenen Willens zu der Erklärung hebt dem Besteller gegenüber die Botenqualität auf, verwandelt dem Besteller gegenüber den Boten in einen Geschäftsführer fremder Angelegenheiten — das Wort im weitesten Sinne genommen.

Der Bote, dessen Auftrag auf mündliche Erklärung geht, ist also so zu sagen der Mund desjenigen, für den er erklärt. So wenig die Seelenvorgänge, welche mich zum eigenen Aussprechen meines Willens veranlassen, vor diesem Aussprechen rechtliche Existenz haben, so wenig haben die Vorgänge zwischen meinem Boten und mir vor Erklärung für Dritte, insbesondere für denjenigen, dem erklärt werden soll, rechtlichen Bestand. Die Festsetzung des Lohnes, den ich dem Boten gebe, seine Instruirung, die Zeit, die er auf dem Wege zwischen mir und dem Gegner verbringt, die Frage, ob er erklärt oder nicht, sind reine Interna zwischen dem Boten und mir. Für den Gegner gewinnen sie rechtlichen Bestand erst dadurch, daß derselbe den Boten als meinen Erklärungsvertreter kennen lernt, und daß der Bote wirklich erklärt. Diese seine Erklärung ist meine Erklärung, sein dolus in declarando ist mein dolus, sein error in declarando ist mein error.

Für die Offerte folgt daraus: die Offerte durch einen zu mündlicher Ausrichtung bestellten Boten ist, wenn sie mündlich

erfolgt, nicht anders zu behandeln, untersteht den nämlichen Rechtsgrundsätzen als wenn der Besteller selbst gesprochen hätte.

Der rechtlichen Konstruktion des erklärenden Boten widerstrebt es nicht, ihm betreffs der Art der Erklärung über die Form des gesprochenen Wortes hinausgehende Vollmacht zu ertheilen. Die Vollmacht kann sich sogar auf jede Art der Erklärung erstrecken, die der Bote nach seinem freien Ermessen belieben wird. Vorausgesetzt, daß er nichts weiter thun als erklären soll, kann der Bote als Instrument verwendet werden für jede Art von Erklärung, um im Bilde zu bleiben nicht bloß als Mund sondern auch als Hand (Feder), Geberde ꝛc. Stets gilt, daß seine Erklärung die meinige ist, daß meine Erklärung mit der seinen beginnt und sich vollendet, und daß keins der von ihm gebrauchten Erklärungsmittel einen besonderen Perfektionsmoment hat [1]).

In Summa: der Bote ist kein Aeußerungsmittel, auch kein Erklärungsmittel, sondern Erklärungsperson.

Der Vollendungszeitpunkt der Offerterklärung, von der

---

1) Die juristische Konstruktion des Boten ist auch um deßwillen so interessant, weil sie einen genauen Einblick in den Unterschied zwischen Aeußerung und Erklärung gestattet. Die Instruirung des Boten durch den Besteller des Boten ist gewiß eine Aeußerung des Offertwillens, aber sie ist keine Erklärung desselben, da sie eine Richtung auf den Oblaten noch gar nicht hat. Sie ist nicht einmal eine begonnene Offerterklärung. Der Oblat kann sich auf sie nie berufen.

Andererseits ist die Instruktion dem Boten gegenüber sicher eine Erklärung des Bestellers. Der ihm gegenüber geäußerte Wille hat auf ihn die direkteste Beziehung, aber nicht als Offertwille, sondern als Vollmachtswille.

Die Begriffe „Willensäußerung“ und „Willenserklärung“ sind mithin relative Begriffe. Eine Aeußerung, welche dem Einen gegenüber den Charakter der Erklärung hat — also begrifflich ein Plus enthält — hat im Verhältniß zu einem Anderen nicht nothwendig die gleiche Eigenschaft. Es fehlt ihr insoweit das Plus. Warum? doch aus keinem anderen Grunde als weil ihr die bestimmte Richtung auf den Anderen fehlt.

selbstverständlich in allem hierher Gehörigen das Gleiche gilt wie für die Erklärung überhaupt, ist es, welcher uns hier allein beschäftigt; deßhalb ist von der Besprechung des Botenverhältnisses in seinen übrigen Rechtswirkungen ganz abgesehen worden.

Das Telegramm. — Vom Brief unterscheidet sich das Telegramm durch ungleich schnellere Beförderung, ein wesentlich faktischer Unterschied. Ferner: der Brief ist ein Schriftstück, welches seine Gestaltung lediglich vom Absender erhält; das Telegramm ist in seinem letzten Resultat auch ein Schriftstück, aber ein solches, dessen Gestaltung von der durch den Absender angegebenen abweichen kann, weil sie von der Mitwirkung anderer Personen abhängig ist und mechanischen Einflüssen unterliegt. Auf den Moment, in welchem sich die telegraphische Erklärung perfizirt, hat dieses im Uebrigen rechtlich sehr wichtige Unterscheidungsmerkmal keinen Einfluß [1a]).

Die telegraphisch zu übermittelnde Offerte ist als Aeußerung vollendet mit Niederschrift durch den Absender. Ihre Richtung auf den Oblaten, also ihre Eigenschaft als Offerterklärung, beginnt mit Abgabe (techn. Aufgeben) an den Tele-

1a) Die schließliche Gestaltung des Telegramms kann von der aufgegebenen abweichen, sie soll mit derselben auf das Genaueste übereinstimmen. Ja es muß behauptet werden, daß neben der Schnelligkeit die minutiöseste Reproduktion der beherrschende Zweck des telegraphischen Verkehres ist. Bei der oben behandelten Botengattung dagegen, der Erklärungsperson, ist es regelmäßig gleichgültig, mit welchen Worten, in welchen Sätzen der fremde Wille erklärt wird; die Hauptsache ist, daß er überhaupt erklärt wird.

Deßhalb darf man sich nicht durch die Möglichkeit der Abweichung verleiten lassen, die Telegraphenanstalt zu einer juristischen Erklärungsperson zu stempeln. Die Aufgabe einer telegraphischen Depesche ist nicht Instruktion eines erklärenden Boten sondern Beginn der eigenen Erklärung.

Die Telegraphenanstalt ist allerdings eine Botenart, aber eine Art des erklärungstragenden Boten. Sie ist neben der Post die zweite Art des allgemeinen — erklärungstragenden — Boten.

graphenbeamten. Diese Richtung vollendet sich — und damit die Offerterklärung —, wenn das Telegramm vom Offerenten mit Erfolg nicht mehr zurückgefordert werden kann, sei es aus faktischen, sei es aus Gründen, welche im Telegraphenrecht ihren Ursprung haben.

Im einzelnen Falle mag der Vollendungszeitpunkt der telegraphischen Erklärung ein anderer sein als der der brieflichen. Das Prinzip ist das gleiche.

Das Telegramm selbst fungirt niemals als bloßes Aeußerungsmittel sondern nur als Erklärungsmittel. Ferner kommt die telegraphische Offerte regelmäßig nur unter Abwesenden vor; unter Anwesenden ist sie indeß nicht ganz ausgeschlossen. Man denke an besonders feine Konstruktionen von Hôteltelegraphen.

Die eben besprochenen Erklärungsmittel sind nicht die einzigen. Es können noch manche andere aufgeführt werden, so Winke, Geberden, das Sprachrohr, welches bis zu einem gewissen Grade die Abwesenheit im gewöhnlichen und im Rechtssinne neutralisirt. Die erwähnten genügen indeß für den zu erreichenden Zweck.

Zunächst empfiehlt es sich noch, die Begriffe „ausdrücklich" und „stillschweigend" in ihrer Anwendung auf die Willenserklärung überhaupt und die Offerte insbesondere einer kurzen Beleuchtung zu unterwerfen.

Ein bestimmter Willensinhalt ist ausdrücklich erklärt, wenn das gewählte Erklärungsmittel dem Subjekt nur zur Erklärung dieses Willensinhaltes und zu keinem anderen Zwecke dient. Ist Letzteres der Fall, d. h. verfolgt das Subjekt neben der Erklärung des in Frage stehenden Willensinhalts mit dem Erklärungsmittel noch einen anderen, sei es thatsächlichen oder rechtlichen Zweck, so ist der Willensinhalt stillschweigend erklärt. Das Mittel heißt dann technisch konkludente Handlung.

Es ist klar, daß die Erkenntniß des Willens aus konkludenten Handlungen schwieriger ist als aus anderen; je mehr Zwecken eine Erklärung dient, desto schwerer ist aus ihr ein einzelner Zweck festzustellen. Der nicht erkennbare Wille ist aber rechtlich kein Wille, denn er ist nicht geäußert. Eine Handlung ist demnach nur dann konkludent, wenn sich aus ihr der in Frage stehende Wille unzweifelhaft ergiebt. Wo dies der Fall nicht ist, ist die Handlung als Aeußerung des fraglichen Willens unbrauchbar; wo es der Fall ist, ist die Handlung so brauchbar wie die nur einen Zweck verfolgende.

Der aus einer Aeußerung zu erschließende Wille ist im Rechtssinn Wille, wie wir sahen, nur dann, wenn sich die Aeußerung von ihrem Subjekt gänzlich losgelöst hat, bis zur Entäußerung gediehen ist. Es gelten mithin betreffs der konkludenten Handlung die oben p. 5 ff. aufgestellten Vollendungsgrundsätze.

Die bis zur Entäußerung gediehene konkludente Handlung hat existirt, und kann diese Existenz weder im Ganzen noch im Einzelnen ungeschehen gemacht werden. Es kann demnach auch der konkludenten Handlung der Charakter der Konkludenz durch Nichts rückwärts entzogen werden. Die nachträgliche Erklärung ihres Urhebers, sie sei anderes zu deuten, die — nachträgliche [1]) — Protestation ist nichtig. Wo man also von Protestation spricht, liegt für das Recht nur vor eine Belehrung des Gegners über die Tragweite der vom Protestirenden ausgegangenen Handlung; diese Belehrung hat rechtlichen Werth nur soweit sie richtig ist.

In der konkludenten Handlung muß die durch die Natur der Erklärung gegebene Richtung sich ebenso ausprägen und voll-

1) Die vorgängige und die gleichzeitige Protestation sind gleichfalls nichtig, aber aus einem anderen Grunde, nämlich, weil sie nicht ernstlich gemeint sein können.

enden wie in der ausdrücklichen Erklärung; sonst ist die konkludente Handlung kein Erklärungsmittel. Das „Wie" ist freilich eine andere Frage, aber nur eine Frage der Interpretation.

Dies vorausgeschickt fragt es sich nunmehr, ob sich Beispiele stillschweigender Offerten aufstellen lassen. Folgende zwei dürften als solche anerkannt werden.

A ist gewöhnt, seine Cigarren in einem bestimmten Laden zu kaufen. Die Cigarren befinden sich, nach dem Preise sortirt, in einem Kasten, und A ist mit der Sortirung genau bekannt. Er kommt in den Laden; ohne ein Wort mit dem Verkäufer zu sprechen oder sonst Etwas zu äußern, nimmt er 12 Stück aus einem der Kastenfächer und steckt sie ein. Das Ansichnehmen bezw. Einstecken enthält offenbar eine Kaufofferte, zugleich aber ist es antizipirte Besitzergreifung; es verfolgt nicht lediglich den Zweck, einen Vertrag zu offeriren, es ist eine konkludente Handlung. Die Offerte geschieht stillschweigend. Sie ist gültig, denn der Offertwille ist in unzweifelhafter Weise sowohl mit der erforderlichen Vollständigkeit als in der erforderlichen Richtung geäußert.

Ein Gast, der in einer Bierwirthschaft mit den Preisen bekannt ist, schenkt sich ausnahmsweise selbst ein Glas Bier ein. Gleichfalls eine stillschweigende Kaufofferte.

Wir sehen: ebensowenig, wie die Ausdrücklichkeit Begriffserforderniß der Erklärung im Allgemeinen ist, ebensowenig ist sie Begriffserforderniß der O f f e r t erklärung insbesondere.

Andererseits leuchtet ein, daß aus faktischen Gründen der Ausdruck des gesammten Offertinhaltes lediglich durch konkludente Handlungen meist ausgeschlossen sein wird. Die Offerte ist der Anfang des Vertrages; sie bestimmt seinen Charakter als Kauf, Miethe, Darlehen u. s. w.; sie bestimmt Leistung und Gegenleistung nach Art und Quantum, Modalitäten der Vollziehung 2c. 2c. Der dazu erforderliche Grad von Präzision wird

einer Erklärung, die noch andere Zwecke verfolgt, selten beiwohnen; unter Abwesenden noch seltener als unter Anwesenden.

Dagegen ist es sehr wohl möglich, daß ein Theil des Offertinhaltes ausdrücklich, ein anderer stillschweigend geäußert sei. Belege s. oben p. 4. So ist regelmäßig unter Abwesenden eine gewisse Entscheidungsfrist stillschweigender Offertinhalt.

Es ist ferner noch zu erwähnen, daß jede Erklärung, wenn für sie eine rechtliche Form vorgeschrieben ist, erst mit Erfüllung dieser Form perfekt ist.

Es ist eine solche Form gemeint, welche sich nicht schon aus dem Inhalt ergiebt. Von einer Form, die sich aus dem Inhalt ergiebt, gilt Besonderes nicht, denn sie ist Aeußerung und Nichts als Aeußerung. Freilich kann der Inhalt des Offertwillens der ihm entsprechenden Form i. e. Aeußerung einen besonders komplizirten Charakter verleihen, so daß ihr Fortschritt von Beginn zur Vollendung von mancherlei Bedingungen abhängig ist. Dies ist z. B. der Fall bei der Traditionsofferte.

Rechtfertigt schon dies eine besondere Besprechung, so ist dieselbe um deßwillen noch umsomehr am Platz, als sie die einzige Offerte ist, über deren Perfektion das Corpus iuris ausführliche Zeugnisse giebt.

Der Eigenthumsübergang findet in der Regel durch Tradition statt, d. h. mittelst Besitzübergangs vom bisherigen Eigenthümer auf den künftigen durch beiderseitige Thätigkeit im Vertragswege. Der Tradent ist Offerent, der Accipient ist Oblat. Die Thätigkeit des Tradenten — positives Thun oder Unterlassen — hat den Charakter der Offerte. —.

Daß der Tradent tradiren kann, ist Folge seines Besitzes; seine Offerte ist mithin Aeußerung seines Besitzes. Andererseits ist der Offertwille des Tradenten auf Uebertragung des Besitzes gerichtet; die Besitzäußerung des Tradenten ist mithin

Besitzentäußerung. Beweis: der Besitz des Tradenten muß so lange dauern, bis der Accipient in den Besitz eingetreten ist, denn wenn der Besitz des Tradenten vorher aufhört, so ist der vom Accipienten ergriffene Besitz ein originärer kein derivativer [1]). Der Besitz des Tradenten kann nur bis zu dem angegebenen Zeitpunkt dauern, denn zwei Personen, von denen die eine durch Veranlassung der anderen besitzt, können nicht zu gleicher Zeit Besitzer [2]) sein.

Die Traditionsofferte setzt zur Vollendung mithin voraus, daß sich der Tradent des Besitzes entäußert hat [3]).

Die Traditionshandlung ist aber Traditionsofferte nur dann, wenn die Besitzentäußerung in der Richtung des Oblaten eintritt. Besitzentäußerung mit nicht mehr rückgängig zu machender Richtung auf den Oblaten liegt vor, wenn der Tradent Alles gethan hat, was seinerseits geschehen kann, was in seiner Macht liegt, um den Besitz auf den Accipienten zu übertragen, wenn seine Thätigkeit äußerlich einen Detentionswechsel herbeigeführt hat.

Wenn sich äußerlich der Detentionswechsel vollzogen hat, so glaubt der Tradent seinen Besitz übergeben zu haben. Dieser Glaube macht eine längere Fortdauer des animus rem sibi habendi unmöglich, animus in contrarium est actus, der Besitz ist vom Tradenten in der Richtung des Oblaten verloren.

---

1) Oder besser: er ist kein durch Thätigkeit des Tradenten vermittelter, kein Eigenthumsbesitz. Diese Formulirung empfiehlt sich, um der bekannten Streitfrage aus dem Wege zu gehen.

2) d. h. Interdiktenbesitzer. Gleichzeitiger Besitz zweier Personen — das Wort Besitz im ursprünglichen Sinn genommen — ist überhaupt undenkbar, außer pro indiviso.

3) wie sich Sohm ausdrückt; die Traditionshandlung dauert, so lange der Tradent detinirt. cf. über die Tradition dessen ausgezeichnete Darstellung a. a. O. p. 18—45 besonders pag. 18—30. Ich folge seinen Ausführungen und seiner Quelleninterpretation.

Auch dann, wenn dieser aus irgend einem Grunde den Besitz nicht erworben hat.

l. 18 §. 1 D. de adquir. poss. 41, 2 (Celsus):

Si furioso quem sanae mentis esse existimabas (M.[1]) existimas) eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuerit constitutus, rem traditeris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis; sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat; immo vult dimittere, quia existimat se transferre.

Der Besitzwechsel ist äußerlich vollzogen durch Uebergabe, d. h. es hat den Anschein, als ob der Oblat Besitzer geworden sei. Der Tradent verliert den Besitz; der Oblat, weil furiosus erwirbt ihn indeß nicht. Das Letztere versteht sich von selbst und wird deßhalb nicht näher begründet. Das Erstere begründet Celsus folgender Maßen:

Wer alles seinerseits Erforderliche vorgenommen hat, um den Besitz einer von ihm bisher besessenen Sache auf einen Anderen übergehen zu lassen, hat damit ganz unzweifelhaft seine Absicht, nicht mehr zu besitzen kundgegeben — dimittit possessionem, er giebt den animus rem sibi habendi auf. Dieses Aufgeben des animus ist nichts weniger als bedingt gemeint, denn die Möglichkeit, daß der Gegner den Besitz nicht erwerben werde, ist dem Tradenten, der ihn sanae mentis und daher für vollkommen fähig, Besitz zu erwerben hielt, gar nicht in den Sinn gekommen. Dem Willen des Tradenten die Bedingung: si transferam unterzuschieben, ist einfach lächerlich — illud enim ridiculum est dicere quod non aliter vult quis dimittere quam si transferat. Der Tradent denkt an eine solche

---

1) M. heißt Mommsen.

Bedingung gar nicht, er denkt, er glaubt vielmehr Besitz zu übertragen, und weil er dies glaubt will er auch Besitz aufgeben [1]) — immo vult dimittere quia existimat se transferre. Weil er Besitz aufgeben will, giebt er auch Besitz auf — sufficit enim dimittere possessionem, etiamsi non transferas.

Ebenso sicher als die Thatsache, daß der Besitz aufgegeben ist, ebenso sicher ist die andere, daß er nicht in Dereliktionsabsicht sondern in Traditionsabsicht aufgegeben ist. Der intendirte Traditionsvertrag kommt indeß nicht zu Stande. Warum? Was fehlt an der Perfektion? Vom Willen des bisherigen Besitzers sicher Nichts, von seinem Thun auch Nichts, denn er hat Alles gethan, was ihm faktisch möglich war. Mehr kann ihm rechtlich nicht auferlegt sein; sein Thun ist rechtlich vollendet. — Wir haben den Quellen-Beweis gewonnen für den Satz, daß die Traditionsofferte vollendet ist, wenn der Tradent sich des Besitzes in unwiderruflicher Richtung auf den Oblaten entäußert hat.

Der furiosus kann nicht bloß durch sich selbst keinen Besitz erwerben, er kann auch nicht der ihm gemachten Offerte sich bewußt werden. Diese ist trotzdem vollendet. Wir gewinnen den weiteren Quellen-Satz: die Vollendung der Traditionsofferte ist begrifflich unabhängig vom Bewußtsein des Oblaten.

Hiermit stimmt Paulus in l. 1 §. 4 D. de adqu. poss. [2]) überein. Dagegen hat man in anderen Quellenstellen eine abweichende Entscheidung finden wollen.

---

1) Anders gefaßt: wer glaubt, durch sein Thun auf einen Anderen Besitz zu übertragen, ist sich bewußt, daß dies nicht geschehen kann, ohne für sich Besitz aufzugeben. Wer mit solchem Bewußtsein handelt, will auch diesen Bewußtseinsinhalt.

2) Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest: et quid attinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

Diese Stellen sind:

l. 34 pr. D. de adqu. poss. 41, 2 (Ulpian):

Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum, et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine — M. schiebt tantum ein — erraverimus, in corpore consenserimus. Quoniam autem in corpore non[1]) consenserimus, an a te tamen recedat possessio, quia animo et deponere et mutare nos posse possessionem et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest; et si animo adquiri possessio potest, numquid etiam adquisita est? Sed non puto errantem adquirere; ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub condicione recessit de possessione. Sed etc.

l. 18 pr. D. de vi 43, 16 (Papinianus):

Quum fundum qui locaverat vendidisset, iussit emtorem in vacuam possessionem ire; quem colonus intrare prohibuit. — Placebat colonum interdicto venditori teneri quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit: neque enim ante amissam possessionem videri, quam si tradita esset — M.: fuisset — emtori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emtorem, quam emtor adeptus non fuisset.

Es ist das Verdienst Sohm's a. a. O. pag. 21—30 nachgewiesen zu haben, daß ein Widerspruch zwischen der Entscheidung des Celsus und des Paulus und zwischen der Ulpian's und Papinian's nicht besteht, daß vielmehr in jenen Fälle einer vollendeten Traditionsofferte vorliegen, in diesen dagegen Fälle einer unvollendeten.

1) M. läßt das „non“ aus. Mit Unrecht, weil dann gar kein Sinn zu finden ist.

Derjenige, der einen Anderen in vacuam possessionem mittit, der einen Anderen iubet in vacuam possessionem ire hat noch nicht Alles gethan, was seinerseits zur Entäußerung des Besitzes in der Richtung des Oblaten vorzunehmen ist; er hat vielmehr den Oblaten nur aufgefordert, sich selbst in den Besitz zu setzen unter der Zusicherung, daß er, Tradent, sich dem nicht widersetzen werde. Erst, wenn der Oblat wirklich Besitz ergriffen, und der Tradent die Besitzergreifung ungehindert hat geschehen lassen, ist durch diese Unterlassungshandlung des Tradenten die Traditionsofferte perfekt. Sie ist das Einzige, was ihm noch zu thun übrig blieb. Erst jetzt ist der Traditionsoffertwille ein unbedingter geworden. Vorher ist er noch durch die Besitzergreifung des missus bedingt.

Wenn nun ein Umstand eintritt, welcher die Besitzergreifung nicht zu rechtlichem Bestande kommen läßt, so vollendet sich die Traditionsofferte nicht: der Oblat erwirbt den Besitz nicht, und der Tradent verliert ihn nicht.

In der l. 34 pr. cit. will der missus ein anderes Grundstück apprehendiren als das, worauf sich die missio bezieht. In Folge eines Irrthums nimmt er Besitz vom richtigen. Die Besitznahme erfolgt nicht per vim; der missus muß sie also in Folge seines Irrthums für clam facta halten d. h. für rechtlich ungenügend. Dies ist ein zweiter Irrthum, denn in Wirklichkeit ist der Besitzer mit der Besitznahme einverstanden; dieser zweite Irrthum hindert indeß im missus die Entstehung des Bewußtseins der alleinigen Herrschaft über das Grundstück. Dieses Bewußtsein ist zum corpus erforderlich; das corpus ist nicht vollständig. Die apprehensio ist rechtlich keine, obgleich am richtigen Grundstück vorgenommen.

In der l. 28 pr. cit. kommt es durch gewaltsamen Widerstand des colonus zu gleichem Resultate.

Soviel zum Nachweis, daß die beiden Stellen von einer

noch nicht vollendeten Traditionsofferte handeln. Für die vorliegende Frage ist dieses Resultat wichtig, weil durch dasselbe die beweisende Kraft der Celsianischen Entscheidung sicher gestellt wird. Aber auch noch in einer anderen Beziehung ist man versucht sie zu verwerthen.

Die Stellen behandeln Fälle, in welchen der Oblat durch die missio mit dem Traditionswillen bekannt geworden ist. Daraus möchte man schließen: die Kenntnißnahme des Oblaten von der Offerte ist nicht nur kein begriffliches Erforderniß der Perfektion der Offerte, sondern es giebt sogar Offerten, die nicht perfekt sind, obgleich der Oblat den Offertwillen kennt. Dies wäre indeß ein Trugschluß, denn die Kenntniß der missio involvirt, wie wir sahen, noch nicht Kenntniß des perfekten Offertwillens.

Eine unvollendete Traditionsofferte liegt übrigens auch zu Grunde bei der l. 48 D. de adqu. poss. 41, 2 (Papinianus): Praedia cum servis donavit, eorumque se tradidisse possessionem literis declaravit. Si vel unus ex servis, qui simul cum praediis donatus est ad eum qui donum accepit, pervenerit, mox in praedia remissus sit (M.: est), per servum praediorum possessionem quaesitam ceterorumque servorum constitit (M.: constabit).

Das „eorum se tradidisse possessionem literis declaravit" ist offenbar nichts weiter als eine Erklärung, daß es dem Beschenkten frei stehe, Besitz zu ergreifen, also eine in vacuam possessionem missio. Ein constitutum possessorium ist durch den weiteren Inhalt der Stelle ganz ausgeschlossen. Auch sie bestätigt mithin, daß die Aeußerung der Absicht zu tradiren Traditionsofferte erst ist, wenn sie Besitzentäußerung zur Folge gegeben hat.

Wir sind jetzt im Stande die Schlüsse zu ziehen.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist die Offerterklärung vollendet, wenn und von wann ab sie als Aeußerung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann und in der ihr vom Offerenten gegebenen Richtung auf den Oblaten vom Willen des Offerenten unabhängig geworden ist. Die Regel gilt, weil aus dem Begriff geschöpft, unterschiedlos für alle Offerten, für Offerten unter Anwesenden wie für Offerten unter Abwesenden im eigentlichen und weiteren Sinn. Wenn sich im einzelnen Fall für diese der Perfektionsmoment anders bestimmt wie für jene, so sind dafür lediglich faktische Ursachen maßgebend.

Diese faktischen Ursachen sind mannigfaltiger Art. Viele derselben sind im Vorstehenden berührt. Die wichtigsten sind: die Perfektion der Offerte unter Abwesenden nimmt längere Zeit in Anspruch als die Perfektion der Offerte unter Anwesenden. Bei dieser sind Aeußerungsmittel zulässig, welche es bei jener nicht sind; umgekehrt nehmen bei jener Aeußerungs- bzw. Erklärungsmittel eine Gestaltung an, die bei dieser nicht vorkommen weil zwecklos.

Wo, wie bei Offerten unter Anwesenden häufig, die Regel die Wirkung hat, daß die Perfektion mit einem Thun des Oblaten, z. B. Kenntnißnahme der Offerte, zeitlich zusammenfällt, so ist nicht sowohl dieses Thun wirkende Ursache der Vollendnng als der Umstand, daß der Offerent das Thun sich vollziehen läßt, gestattet, also eine Unterlassungshandlung des Offerenten. Diese Unterlassungshandlung nimmt zuweilen einen lediglich juristischen Moment ein, so bei der mündlichen Offerte.

Die festgestellte Regel ergiebt nicht einen für alle Mittel, eine Offerte zu erklären thatsächlich gleichen Vollendungszeitpunkt sondern nur eine Handhabe zu seiner Auffindung im einzelnen Fall.

Die Regel ist aus der Natur der Willenserklärung geschöpft. Sie beansprucht deßhalb Geltung über das Bereich der Offerte

hinaus für alle Willenserklärungen mit der selbstverständlichen Maßgabe, daß nach deren besonderer Natur die Richtung eine andere sein wird.

Die Quellen widersprechen nicht. Sie stellen vielmehr negativ fest, daß Traditionsofferten sich vollenden ohne Bewußtsein des Oblaten. Dieses Bewußtsein kann also nicht aus dem Begriff der Offerte oder der Willenserklärung überhaupt folgen.

Der positive Vollendungszeitpunkt der Traditionsofferte in den Quellen stimmt gleichfalls mit dem von uns für die Offerte festgestellten überein [1]).

Demgegenüber wird von Manchen behauptet, Offerterklärung sei „Offertmittheilung", weil sie Willenserklärung und weil Willenserklärung „Willensmittheilung" sei. Es sei gewiß, daß die Offerterklärung erst perfekt werde, d. h. geschehen sei, sobald der Oblat von der gestellten Offerte Kenntniß gewonnen habe und zwar durch die Erklärungshandlung des Offerenten [2]) Kenntniß gewonnen habe. Dies folge aus allgemeinen Grundsätzen wie aus Quellenstellen. Es werden auch Beispiele angeführt.

Diese Auffassung widerlegt sich zwar schon hinreichend aus dem Gesagten; weil sie indeß in der That präjudizirlich ist und von einem Schriftsteller [3]) — Sohm — getheilt wird, dessen Darlegungen einen großen Einfluß auf die gegenwärtige Abhandlung ausgeübt haben, so sollen die von demselben angeführten Argumente noch besonders geprüft werden.

Wie man auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen den Per-

1) Nicht wegen der Aehnlichkeit der Formulirung: „Besitzentäußerung" und „Willensentäußerung". Dies behaupten hieße in der That den Quellenbeweis eskamotiren. Sondern, weil Besitzentäußerung das einzige Mittel ist, durch welches der Wille, Eigenthum zu übertragen, zu objektivem Dasein, zu vollendeter Aeußerung, zu Entäußerung gebracht werden kann.

2) So muß es bei Sohm a. a. O. p. 85 oben heißen statt „Oblaten."

3) a. a. O. p. 84—89.

fektionsmoment der Offerte bezw. Willenserklärung überhaupt bestimmen möge, gewiß ist, daß man dabei auf ihren Charakter als Handlung Rücksicht nehmen muß. Wie kann aber eine Handlung zu ihrer Vollendung begriffsmäßig die Handlung eines Anderen erfordern? Dies ist ein handgreiflicher innerer Widerspruch, über den Sohm nicht hinauskommen kann, denn gewonnene Kenntniß setzt genommene Kenntniß voraus, und Kenntnißnahme ist Handlung.

Das Wort „Mittheilung" hat übrigens gar nicht den von Sohm und Anderen dafür in Anspruch genommenen weitgehenden Sinn; es drückt nur aus das Gewähren der Möglichkeit, Kenntniß zu nehmen. Auch in diesem Sinn ist, wie wir gesehen haben, Offerterklärung begrifflich nicht Offertmittheilung, Willenserklärung begrifflich nicht Willensmittheilung.

Der Quellenbeweis wird von Sohm in zwei Stellen des Corpus iuris gesucht.

1. l. 33 D. de adqu. poss. 41, 2 (Pomponius): Fundi venditor, etiamsi mandaverit alicui, ut emtorem in vacuam possessionem induceret; priusquam id fieret, non recte emtor per se in possessionem veniet. Item etc.

„Erst sobald durch das vom Traditionsofferenten gewählte Mittel dem Oblaten die Kunde von der Offerte geworden ist, ist die Traditionsofferte perfizirt [1])".

Dem Mandatar ist aufgetragen, den Oblaten in vacuam possessionem inducere; wenn er sich dieses Auftrages entledigt hat, recte emtor in possessionem veniet. Vor Erfüllung des Auftrages ist die Traditionsofferte keinenfalls perfizirt; sie wird es aber auch dadurch noch nicht. Erst durch das venire des Oblaten tritt äußerlich der Detentionswechsel ein; erst mit dem venire des Oblaten oder vielmehr damit, daß der Tradent es

1) Sohm p. 86.

es nicht gehindert hat, ist Alles geschehen, was Seitens des Tradenten zu thun war; erst dann erfolgt die Konsumtion des Traditionsoffertaktes; erst dann ist die Traditionsofferte vollendet. Vorher, mithin nach bereits erfülltem Auftrage, nach bereits erlangtem Bewußtsein des Oblaten befindet sich die Offerte noch in dem gleichen Stadium wie in den l. 34 pr. eod. u. l. 18 pr. D. de vi 43, 16 — cf. oben pag. 30. — Das inducere in vacuam possessionem ist offenbar synonym mit dem mittere in vacuam possessionem und dem iubere in vacuam possessionem ire dieser beiden Stellen.

Die Traditionsofferte hat in der l. 33 cit. sonach erst begonnen. Die Stelle beweist mithin für die Frage, welchen Einfluß das Wissen oder Nichtwissen des Oblaten auf die Vollendung hat, Nichts; der römische Jurist verfolgt mit ihr einen ganz anderen Zweck.

Pomponius spricht aus und will nichts Anderes aussprechen, als daß bei der sine vi vorgenommenen Apprehension eines Grundstücks das corpus nicht vorhanden ist (vollständig vorhanden), wenn der mit dem animus possidendi vorgehende Apprehendent sich nicht zugleich des Einverständnisses des gegenwärtigen possessor bewußt ist. Selbst dann nicht, wenn wie hier der possessor objektiv einverstanden ist, denn das mangelnde Bewußtsein des Einverständnisses schließt das Bewußtsein der alleinigen Herrschaft bei Grundstücken aus. Es ist also dieselbe Entscheidung wie die der von Sohm in dem hier vorgetragenen Sinn interpretirten l. 34 pr. eodem. — Wer an den Zusammenhang der beiden Stellen noch zweifelt, der beachte ihre Aufeinanderfolge im Corpus iuris.

2. l. 38 pr. D. de adqu. poss. 41, 2 (Julianus): Qui absenti servo scribit, ut in libertate moretur, non eam mentem habet ut statim velit servi possessionem dimit-

tere, sed magis destinationem suam in id tempus conferre, quo servus certior factus fuerit.

„Die Stelle giebt unmittelbar die Definition der Willenserklärung [1])". „Die Stelle ergiebt unmittelbar, daß der Erklärungswille ein Benachrichtigungswille, daß die Willenserklärung begrifflich Willensmittheilung sei [2])".

Die l. 41 D. de R. C. 12, 1 (Africanus) bezeugt, daß der testamento freigelassene Sklave frei ist, bevor er es weiß, und daß die Wirkungen seiner Freiheit gleichfalls vorher eintreten. Ein Gleiches muß bezüglich aller übrigen modi der Freilassung der Fall sein, denn der Sklave hat gegenüber dem Herrn keinen rechtlich in Betracht kommenden Willen, geschweige denn ein rechtlich in Betracht kommendes Bewußtsein. Nun ist doch nicht anzunehmen, daß der Jurist zum Beweis des Satzes, Willenserklärung sei begrifflich „Willensmittheilung", sich einen Fall gewählt habe, in dem das Wissen desjenigen, an den die Erklärung gerichtet ist, rechtlich überall bedeutungslos ist. Schon diese Erwägung zerstört die beweisende Kraft der Stelle.

Der Schlüssel zu der von ihr gegebenen Entscheidung liegt in den Worten: non eam mentem habet ut statim . . . . —. Bloß für diesen Fall wird die Entscheidung getroffen. Weil der dominus es will, datirt die Wirkung erst von der Kenntniß des Sklaven; weil die Wirkung erst von der Kenntniß des Sklaven ab datiren soll, wird auch die Vollendung der Willenserklärung auf diesen Termin verlegt — destinationem suam in id tempus conferre, quo servus certior factus fuerit. Denn zwischen vollendeter Ursache — Freilassung — und Wirkung — Freiheit — darf kein zeitlicher Zwischenraum sein. Wenn die mens des dominus eine andere wäre, würde die Entscheidung anders lauten.

1) Sohm a. a. O. p. 86.
2) Sohm a. a. O. p. 87.

Ob der dominus jemals einen anderen Willen haben wird, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls bestimmt sich, was begrifflich zur Vollendung der Willenserklärung gehört, nicht nach dem noch so unzweifelhaften Willen des Einzelnen im einzelnen Falle oder nach der Natur eines einzelnen Rechtsinstituts. Der Einzelne vermag wohl eine Norm für den Zeitpunkt aufzustellen, in dem seine Willenserklärung und deren Folgen sich perfiziren sollen, aber nicht für den Zeitpunkt, in dem sich begriffsmäßig die Willenserklärung vollendet. Dies ist publici juris und entzieht sich der Einwirkung des Privatwillens, privatorum pactis (destinationibus) mutari nequit. Ebensowenig vermag das Bedürfniß eines Rechtsinstitutes über dessen Sphäre hinauszuwirken.

Beide Stellen beweisen nicht für Sohm.

In dem von Sohm[1]) angeführten Beispiele. — Der vermeintlich abwesende A liest eine für ihn bestimmte briefliche Offerte des B vor Absendung des Briefes und ohne Wissen des B — liegt allerdings noch keine vollendete Offerte vor, aber weil die Erklärung, so lange sie bloß niedergeschrieben ist, noch nicht durch Thätigkeit des B aus dessen Disposition getreten ist.

Anders stellt sich die Sache, wenn A den Brief auf einer Poststation, die nicht die auf dem Couvert angegebene Endstation ist, aber doch so nahe, daß aus postalischen Gründen eine Reklamation des B keinen Erfolg mehr haben könnte, ausgehändigt erhält[2]). Ebenso entschieden wie in dem von Sohm angeführten Falle das natürliche Gefühl die Vollendung der Offerte verwirft, ebenso entschieden wird sie hier von demselben gefordert. Unsere Theorie steht damit im Einklang, denn der Offerent kann die Richtung der Offerte nicht mehr beeinflussen; Sohm und seine Meinungsgenossen müssen dem natürlichen

1) a. a. O. p. 87.

2) gleichgültig aus welchem Grunde.

Gefühl entgegentreten, denn A hat den Inhalt des Briefes nicht durch das von B gewählte Mittel erfahren. Das von B gewählte Mittel war Abgabe des Briefes auf der Endstation, Couvertstation.

Windscheid in seinen Pandekten §. 309 nota 19, §. 316 nota 17 tritt gleichfalls gegen die Definition der Offerterklärung als „Offertmittheilung" auf. Er führt mehrere Offerten an, welche vollendet seien vor Kenntniß des Oblaten. Von diesen soll [1]) keine zutreffende sein. Eine ist es ganz unzweifelhaft: Die Auslobung. Da eine bezügliche Betrachtung der Auslobung auch positiv lehrreich ist, so soll sie hier ihren Platz finden.

Sohm's Darlegung, daß „die Auslobung als Contraktsofferte ad incertam personam eine Willenserklärung nicht an Jedermann ist, sondern nur an denjenigen, welcher in der vom Offerenten gesetzten Weise annimmt", ist für den Verfasser vollkommen überzeugend gewesen; es ist damit aber nicht bewiesen, daß sie vor „Mittheilung" an den Offerenten nicht existire. Das Gegentheil ergiebt sich aus folgendem Beispiele: Eine Auslobung geschieht durch dreimalige Zeitungsannonce. Es erfolgt frist- und ordnungsmäßige Annahme (Leistung) Seitens einer Person, welche die Auslobung erst durch das letzte Inserat erfährt. Durch dieses ist ihr die Auslobung erst „mitgetheilt"; war sie nicht schon mit dem ersten erklärt? Sohm giebt uns selbst die Antwort, wenn er an einer anderen Stelle seiner Abhandlung — pag. 79 — sagt: „Die Auslobung, d. h. die öffentlich gestellte Offerte kann nur durch öffentlichen Widerruf aufgehoben werden". Was widerrufen werden muß, existirt doch. Die Auslobung existirt vor Kenntniß des Oblaten.

Noch prägnanter tritt das gleiche Resultat hervor beim Wechsel. Die Ausstellung des Wechsels enthält [2]) Seitens des

1) Sohm a. a. O. p. 88.

2) Sohm a. a. O. p. 72—76.

Ausstellers einmal ein fertiges Wechselversprechen an den Wechselnehmer und dann soviele Acceptofferten als durch Indossirung neue Anweisungen erfolgen werden. Die Indossatare sind noch alle personae incertae; keiner von ihnen weiß von dem Wechsel, so lange derselbe in den Händen des ersten Nehmers oder eines früheren Indossatars ist. Etwaige Kenntniß des Einen oder Anderen ist eine zufällige, ist jedenfalls nicht durch den Offerenten vermittelt. Also Keinem ist die Offerte „mitgetheilt"; Allen ist sie erklärt.

Die Auslobung durch Zeitungsannonce ist vollendet, wenn sie für das lesende Publikum zugänglich geworden ist. Es wird dies nicht bestritten werden. Die Zugänglichkeit für das Publikum beginnt mit Ausgabe des Zeitungsblattes. Mit der Ausgabe hört auch erst die Möglichkeit auf, die Annonce rückgängig zu machen [1]).

Die Wechselacceptofferten sind vollendet, wenn das erste Wechselversprechen, dessen Stellung auf Ordre sie ihr Dasein verdanken, perfekt geworden ist, d. h. mit dem Moment, wo der Nehmer Eigenthümer der Wechselurkunde wird. Denn erst mit diesem Augenblick wird der Nehmer vermöge der Natur des Wechsels als eines in bestimmte Urkundsform beschlossenen Summenversprechens Wechselgläubiger, und entäußert sich der Aussteller der an die gleiche Form gebundenen Wechselacceptofferten. Dies wird gleichfalls nicht bestritten werden.

Stimmt nicht bei beiden Offerten der Vollendungszeitpunkt mit unserem Prinzip überein?

Die Polemik ist nicht bloß negativ sondern auch positiv fruchtbar gewesen. Dies mag ihre Ausführlichkeit rechtfertigen.

---

1) Der vollendete Druck läßt noch Rückgängigmachen durch Schwärzen des betreffenden Zeitungstheiles zu.

II. Der Consensus.

Die Offerterklärung ist vollendet in dem sub I festgestellten Zeitpunkte, d. h. der Wille des einen Vertragsschließenden hat sich vollständig ausgesprochen. Zum Vertrage gehört aber mehr: nämlich das vollendete Aussprechen eines mit dem Willen der ersten Person übereinstimmenden Willens Seitens einer zweiten Person. Zum Vertrage ist erforderlich Willensübereinstimmung, denn ohne solche kann von consensus nicht die Rede sein.

Mit der Willensübereinstimmung ist aber der consensus noch nicht vollständig, denn der consensus ist Willenseinigung, und Willenseinigung ist nur da vorhanden, wo die Willensübereinstimmung kein in ihren einzelnen Bestandtheilen, den beiden Erklärungen, zufällig entstandene ist. Zufällige Willensübereinstimmung ist kein consensus, ist kein Vertrag [1]).

Zufällig ist die Willensübereinstimmung z. B. dann, wenn zwei Personen in dem gleichen Zeitpunkt einander ganz spontan vollkommen gleiche Vertragsvorschläge zusenden. Diese s. g. gleichzeitigen Offerten bilden zusammen keinen Vertrag. — Es wird dies vielfach anerkannt. Doch fehlt es nicht an Gegnern. Vor Allem spricht ihnen Köppen in seiner Abhandlung der obligatorische Vertrag unter Abwesenden — Ihering's Jahrbücher Band X [2]) — p. 382—84 den Vertragscharakter in in sehr ausgedehntem Maße zu. Dies hängt mit seiner Theorie von der bindenden Kraft der Offerte zusammen, auf welche Theorie zurückzukommen ist.

---

1) Das deutsche Wort „Willenseinigung" ist sehr bezeichnend. Während „Willensübereinstimmung" lediglich die Thatsache des Einiggewordenseins ausdrückt, weist „Willenseinigung" zugleich hin auf das Einigwerden.

2) Hiernach und nicht nach dem Separatabdruck wird im Folgenden Köppen citirt werden.

Wenn die zum consensus, zur Willenseinigung erforderliche Willensübereinstimmung keine zufällige sein darf, so muß sie eine kausale sein; denn, was nicht zufällig von einander entsteht, steht im Kausalzusammenhang. Die beiden Erklärungen müssen sich verhalten wie Ursache [1]) und Wirkung. Welche Rolle einer jeden zufällt, kann nicht zweifelhaft sein: die Offerte ist Ursache, die Annahme ist Wirkung. Damit hängt es zusammen, wenn im Vorstehenden — pag. 9 — die Offerte als eine Erklärung bezeichnet wurde, welche eine andere hervorrufen [2]) soll; damit hängt die bestimmte Richtung der Offerte auf den Oblaten als Begriffsmoment der Offerte zusammen.

---

1) Der Ausdruck „Ursache" soll nur bezeichnen ursächliches, kausales Moment überhaupt. Der Ausdruck „Veranlassung" wäre an sich wohl entsprechender; doch drückt er den Gegensatz zum Zufälligen für das Verständniß nicht so prägnant aus. Deßhalb und weil von „Veranlassung", soweit hier die Lehre vom Kausalzusammenhang in Frage steht, ganz das Gleiche gilt wie von „Ursache", ist letztere Bezeichnung vorgezogen worden.

2) Zum Zweck des Vertragsschlusses.

Es wäre gewiß zweckmäßig, die kausale Natur der Offerte zum Angelpunkt ihrer Begriffsbestimmung zu erheben.

Die bisher üblichen Definitionen legen den Hauptnachdruck auf das Verhältniß des Offertinhaltes zum Inhalt des künftigen Vertrages, zu dem vom Offerenten beabsichtigten Rechtsverhältniß. Da derselbe bei den verschiedenen Verträgen ein sehr verschiedener ist — man denke nur an die großen Gruppen der Schuld- und anderweitigen Verträge und unter den Schuldverträgen wieder an die entgeldlichen und unentgeldlichen —, so ist auf diesem Wege eine Einigkeit über die Begriffsbestimmung nicht erzielt worden und nicht zu erzielen gewesen.

Insofern hat Regelsberger ganz Recht, wenn er a. a. O. p. 50 und 51 gegen die auch hier — pag. 3 — angenommene Inhaltsbestimmung polemisirt.

Wenn er dem gegenüber betreffs des Erfordernisses der Vollständigkeit sagt: „Sollen alle Fälle darunter begriffen werden, so müssen wir dieses Merkmal dahin umschreiben, daß durch die Antwort des Anerbotenen der Vertrag vollkommen werde, mithin über alle wesentlichen Punkte des Vertrages eine Einigung vorliege" —, so will er damit anscheinend keine Definition geben.

Die Offerte als Ursache der Annahme setzt voraus, daß der Oblat sich ihrer bewußt werde. Wenn zwei Willen in Einem Punkte zusammentreffen sollen, müssen sie sich erst überhaupt treffen oder begegnen. Begegnen können sie sich nur im Bewußtsein des Oblaten, desjenigen, der seinen Willen auf den betreffenden Punkt zu lenken veranlaßt wird. In sein Bewußtsein kann die Offerte nur treten, wenn sie beim Oblaten eingegangen ist.

Wir gewinnen den Satz: Das Wesen der Willenseinigung erfordert Eingang der Offerte beim Oblaten und Bewußtsein des Oblaten von der Offerte.

Dagegen erfordert die Willenseinigung als kausale Willensübereinstimmung nicht das Bewußtsein des Offerenten von der Willensübereinstimmung. Diese wird durch seinen Willen, also kausal, hervorgebracht, auch ohne daß er es weiß. Sie ist vor seinem Wissen vorhanden, wenn nur sein Wille fortdauert. Sie ist von seinem Wissen begrifflich unabhängig. Die beiden Willen sind ohne dasselbe zusammengeschlossen. —

Als Definition gemeint ergäben die Worte Regelsberger's für sich allein nur eine Nominaldefinition. Dagegen würden sie sich vortrefflich eignen eine auf die kausale Natur den Hauptnachdruck legende Begriffsbestimmung der Offerte zu ergänzen und gegenüber anderen kausalen Erklärungen zu individualisiren.

Der Gedanke soll hier nur angeregt werden; cf. jedoch auch p. 43 nota 1. Für die gegenwärtige Abhandlung kommt der Inhalt der Offerte nur insofern in Betracht, als festgestellt werden mußte, daß seine Erklärung sich mit ihm decken müsse, und als er auf Erweckung, Art und Vollendung der Annahmeerklärung von Einfluß ist bezw. sein kann.

Deßhalb ist diejenige Inhaltsbestimmung angenommen worden, welche, wie auch Regelsberger zugibt, regelmäßig zutrifft.

Auch sonst ist über die inhaltliche Seite der Offerte Regelsberger a. a. O. p. 9 zu vergleichen. Sehr beachtenswerth ist insbesondere seine Begründung des A. 337 des HGB. (Mittheilung von Preislisten und dgl.). Die von Sohm a. a. O. p. 49 und 50 gegebene dürfte nicht in allen Fällen zutreffen.

In Summa: Der ratio iuris zufolge ist das Bewußtsein des Offerenten von der Willensübereinstimmung kein Begriffsmoment des consensus. Der ratio iuris zufolge, d. h. es bedarf der auctoritas constituentium zur fiktiven Aufstellung dieses Begriffserfordernisses.

Dies ist das negative Ergebniß unserer Beweisführung. Das vorher festgestellte positive läßt sich auch ausdrücken: Das Bewußtsein des Oblaten von der Offerte ist juristisches Element des Vertrages.

Dieses Bewußtsein findet indessen keinen Ausdruck, der ihm allein diene, sondern ist stillschweigend in der Annahmehandlung enthalten [1]).

---

1) Die Kausalität als begriffliches Element des Vertrages ist auch die geeignetste Grundlage für Benennung der beiden Vertragshälften. Ich schlage vor statt Offerte, Antrag x.: „Anlaßerklärung" und statt Annahmeerklärung etc.: „Folgeerklärung". Letzterer Ausdruck empfiehlt sich auch um deswillen, weil das Wort „Folge" die Bedeutungen des zeitlich Späteren und des kausal Bewirkten in sich vereinigt. Das Subjekt der Anlaßerklärung hieße passend der „Veranlasser", das der Folgeerklärung der „Veranlaßte".

Die bisherigen Benennungen haben keine allgemeine Geltung gefunden. Mit Recht, denn keine paßt für alle Verträge. So die üblichste: Offerte und Acceptation, welche nur bei Schuldverträgen anwendbar und zwar nur bei solchen, in denen der Offerent eine Verpflichtung übernimmt. Wie kann man das „spondes?" der stipulatio eine Offerte nennen?

Am Umfassendsten sind noch die Ausdrücke Proponent und Proposit, Proposition. Aber auch sie sind ungenügend. Die termini gehören einer fremden Sprache an, die überdieß im Worte „Proposit" arg mißhandelt wird, und klingt es doch recht gesucht, bei einer Schenkung, zu der der Beschenkte durch genaue Formulirung ihres Gegenstandes die Initiative ergreift, von einer Proposition zu sprechen.

Selbstverständlich bleibt es unbenommen, bei den einzelnen Vertragsarten die jeweilig passende bisherige Terminologie beizubehalten. So ist es von diesem Standpunkt aus ganz passend, das „spondes?" der stipulatio eine antizipirte Acceptation zu nennen, und ist auch gegen die Terminologie des HGB. für den Bereich desselben gar Nichts zu erinnern.

Ich selbst verwende aus praktischen Rücksichten die üblichsten termini.

Der consensus, wie jeder andere Willensvorgang, enthält rechtliches Dasein erst dadurch, daß die ihm entsprechende Aeußerung sich vollendet hat. Die Gründe sind oben pag. 5 fg. vorgetragen worden und bedürfen demnach keiner Wiederholung.

Die dem consensus, d. h. zwei gleichen Willen, entsprechende Aeußerung ist begrifflich nicht eine einfache, sondern eine zusammengesetzte Aeußerung, zusammengesetzt aus zwei Erklärungen, aus Offerterklärung und aus Annahmeerklärung. Wenn und von wann ab beide Aeußerungen perfekt sind, vereinigen sie sich zu einer und bilden in ihrer Vereinigung den Körper des consensus, den Vertrag. Der perfekte consensus ist Vertrag.

Von diesen beiden Bestandtheilen ist die Offerte begrifflich perfekt vor dem innerlichen Vorgang, aus dem sich der consensus als kausale Willensübereinstimmung entwickelt. Mithin ist der Augenblick, in dem sich die Annahmehandlung perfizirt, der Augenblick, in dem der consensus die ihm entsprechende Aeußerung findet, in dem sich der Vertrag perfizirt.

Die Annahmehandlung ist demnach zwar nicht Konsenserklärung [1]), wie sich Viele ungenau ausdrücken, denn Ein Subjekt kann allein nicht erklären, was begrifflich die Erklärung zweier Subjekte erheischt; aber die Annahmehandlung ist Konsenskonstatirung. Als solche ist ihre Perfektion Perfektion des Vertrages: der Perfektionsmoment der Annahmehandlung ist das Datum des Vertrages. Mit Perfektion der Annahmehandlung hat der Vertrag rechtliche Existenz erhalten. Diese rechtliche Existenz mag wieder aufgehoben werden, aber ungeschehen kann sie nicht gemacht werden.

---

1) Man müßte denn consensus im subjektiven Sinne nehmen. Dann ist aber consensus nicht Uebereinstimmung sondern Einstimmung, und ist Consensus-Erklärung Einstimmungserklärung.

Es ist allerwege juristisch unzweckmäßig, einem terminus technicus unnöthiger Weise mehrere Bedeutungen beizulegen.

Diese Sätze, die alle nur Umschreibungen eines und desselben Grundgedankens sind, und deren Richtigkeit von der Frage, wann sich die Annahmehandlung perfizirt, vollständig unabhängig ist, dürfen auf allgemeine Anerkennung rechnen. Es ergiebt sich aus ihnen Mancherlei.

Die perfekte Annahmehandlung ist Konsenskonstatirung.

Dies ist sie, weil und wenn die Offerte perfekt ist. Weil die Offerte perfekt ist, denn dann ist zur Konsensvollendung nur noch die Annahmehandlung erforderlich. Wenn die Offerte perfekt ist, denn nur dann ist die als Annahmehandlung beabsichtigte Erklärung wirklich Annahmehandlung, 2te Hälfte des Vertrages.

Daß die Offerte einmal perfekt gewesen sei, ist demnach selbstverständliches Erforderniß, aber sie muß es auch sein bis zum Perfektionsmoment der Acceptation. Sie muß bis dahin perfekt bleiben, sie darf nicht vorher aufgehoben sein. Vorherige Aufhebung nimmt der Annahmehandlung ihren Charakter als Konsenskonstatirung, denn der Konsens kann nicht konstatirt werden, wenn eine nothwendige Voraussetzung seines Daseins weggefallen ist.

Die Majorität der juristischen Schriftsteller ist der Ansicht, daß dem Offerenten die einseitige Aufhebung der Offerte bis zur Perfektion des Vertrages freistehe. Dagegen ist es streitig, ob der Widerruf zu seiner Vollendung Kenntniß des Oblaten voraussetze oder nicht.

Widerruf ist mit der Offerte nicht vereinbarer, direkt gegen sie gerichteter Wille. Die diesem Willen entsprechende Aeußerung ist offenbar eine Erklärung und zwar in der Richtung des Oblaten, denn ohne diese Richtung gewinnt sie keine ihrem Inhalt entsprechende Verkörperung [1]). Sie hat mithin die näm-

1) cf. v. Scheurl, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen u. deutschen Rechts Band II 1858 p. 264 u. 265.

liche Richtung wie die Offerte selbst, und gelten die in dieser Beziehung sub I festgestellten Rechtssätze auch für den Widerruf: die Vollendung des Widerrufs setzt begrifflich Kenntniß des Oblaten vom Widerruf nicht voraus.

Die Anhänger der Theorie, welche die Annahmehandlung erst mit Bewußtsein des Oblaten sich perfiziren lassen, sind auch hier entgegengesetzter Meinung. Ganz konsequenter Weise, wie nicht zu leugnen ist; sie müssen aber auch die praktischen Folgerungen hinnehmen.

Dem A ist nach langen Unterhandlungen von B brieflich eine von A lebhaft gewünschte Offerte gemacht worden. Er läßt den Annahmebrief schreiben; bevor derselbe noch zur Post geschickt ist, kommt ein weiterer Brief von B an, den A als solchen von außen erkennt und in dem er mit Recht einen Widerruf der Offerte vermuthet. A will indessen den Widerruf nicht erfahren, weil ihm an dem betreffenden Geschäft sehr viel gelegen ist. Deßhalb läßt er vorerst seinen Brief abgehen und öffnet jenen erst, als er den Eingang und die Kenntniß des Annahmebriefs beim B vermuthen kann. Auch diese Vermuthung ist richtig: B hat den Brief schon gelesen.

Der Widerruf des B ist nach der Vernehmungstheorie wirkungslos, weil erst nach dem von ihr behaupteten Perfektionsmoment des Vertrages zur Kenntniß des Oblaten gekommen.

Man wird entgegnen: der Oblat ist in dolo, er handelt contra bonam fidem. Darauf ist zu erwidern: Kontraktsdolus, Verletzung eines Vertrages mala fide liegen nicht vor, denn zur Zeit, in welche die in Frage kommende Handlung fällt, besteht noch kein Vertrag. Wenn der Vertrag perfekt ist, gehört dagegen die Handlung längst der Vergangenheit an. — Ebensowenig liegt selbstständiger dolus vor. Ist es eine unerlaubte Handlung einen Brief nicht zu öffnen? Ist der Empfänger dazu irgendwie verpflichtet? Ist er verpflichtet, seinen

Willen, den Brief nicht zu öffnen, dem Absender mitzutheilen? Hat er also wissentlich im Gegner einen Irrthum erregt?

Die Auffassung der Kenntnißnahme des Widerrufsschreibens durch den A als einer reinen Potestativbedingung, von der die l. 161 D. de R. J. 50, 17 [1]) gelte, verbietet sich von selbst, denn, was begrifflich eintreten muß, ist keine condicio.

Mithin bleibt Nichts übrig als zuzugeben: Neminem laedit qui iure suo utitur. Wer nicht kontraktlich verpflichtet ist, einen Brief zu lesen, utitur suo iure, er verletzt Niemanden in seinen Rechten wenn er ihn nicht liest. Er handelt vielleicht unmoralisch aber nicht widerrechtlich. Alle Einwendungen gegen die Schlüssigkeit des vorgebrachten Beispiels sind hinfällig. Die Vernehmungstheorie muß es als Konsequenz sich gefallen lassen. Die Konsequenz ist vom Standpunkt der aequitas unerfreulich.

Das Beispiel soll übrigens nicht als Beweismaterial für die hier vorgetragene Ansicht dienen, sondern verfolgt nur den Zweck nachzuweisen, daß die Vernehmungstheorie bei näherer Betrachtung selbst da, wo sie die allein der Gerechtigkeit entsprechende Satzung zu geben scheint, bisweilen zu recht unbrauchbaren und ungerechten Resultaten führt.

Als positiver Moment für die Vollendung des Widerrufs als Erklärung ergiebt sich der Augenblick; von welchem ab er in der Verfolgung der ihm vom Offerenten auf den Oblaten gegebenen Richtung vom Willen des Offerenten unabhängig ist. Dagegen weicht der Widerruf betreffs seines übrigen Inhaltes und der dem übrigen Inhalte entsprechenden Aeußerungsmittel von der Offerte ab.

Ein präziser Widerruf ist leichter zu erzielen als eine prä-

1) Iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest, condicionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta condicio fuisset. (Ulpian.)

zise Offerte. Es wird deßhalb beim Widerruf die stillschweigende Erklärung weitere Ausdehnung finden als bei der Offerte.

Der in Absicht auf eine neue Offerte ergangene Widerruf kann als Widerruf hinlänglich präzis sein, während die neue Offerte es nicht ist. Er wird deßhalb die frühere Offerte aufheben aber nicht Grundlage eines anderweitigen Vertrages sein können.

Wenn die Offerte an eine gewisse Form gebunden ist, so ist es der Widerruf auch. Die Nothwendigkeit einer solchen Form kann faktisch zu Unwiderruflichkeit führen [1]).

In den gemeinrechtlichen Rechtsquellen ist die Perfektionsfrage des Widerrufs direkt nicht beantwortet. Es sind jedoch behufs analoger Anwendung anderweitige Entscheidungen als verwandt herangezogen worden.

Dahin gehören:

1. l. 4 pr. D. de manum. vindicta 40, 2 (Julian.): Si pater filio permiserit servum manumittere et interim decesserit intestato, deinde filius ignorans patrem suum mortuum, libertatem imposuerit, libertas servo favore libertatis contingit, quum non appareat mutata esse domini voluntas. Sin autem ignorante filio vetuisset pater per nuntium et antequam filius certior fieret, servum manumisisset, liber non fit; nam ut filio manumittente servus ad libertatem perveniat, durare oportet patris voluntatem, nam si mutata fuerit, non erit verum, volente patre filium manumisisse.

2. l. 17 §. 1 D. pro socio 17, 2 (Paul.): Si absenti renuntiata societas sit, quoad is scierit, quod is adquisivit qui renuntiavit in commune redigi debet („debet" fehlt bei M.), detrimentum autem solius eius esse qui renuntia-

---

1) cf. Sohm a. a. O. p. 79.

verit; sed quod absens adquisivit (M. „adquisierit") ad solum eum pertinere, detrimentum ab eo factum commune esse.

3. l. 15 D. mand. 17, 1 (Paul.): Si mandassem tibi ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu, antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is qui suscipit mandatum.

4. l. 12 D. de SCo Mac. 14, 6 (Paul.): Si tantum sciente patre creditum sit filio, dicendum est cessare Senatusconsultum. Sed si jusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus Senatusconsulto non erit, quoniam initium contractus spectandum est.

5. l. 12 §. 2 D. de solut. 46, 3 (Ulp.): Sed et si quis mandaverit, ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere; si ignorans prohibitum eum solvam, liberabor; sed si non sciero, non liberabor.

6. l. 7 D. de divort. 24, 2 (Papin.): Si poenituit eum qui libellum tradendum divortii dedit, isque per ignorantiam mutatae voluntatis oblatus est, durare matrimonium dicendum, nisi poenitentia cognita is, qui accepit, ipse voluit matrimonium dissolvere, tunc enim per eum qui accepit solvitur matrimonium.

Wenn eine Stelle, welche nicht direkt vom Widerruf einer Offerte handelt, für eine denselben betreffende Frage analoge Verwendung finden soll, so muß sie — von allem Uebrigen abgesehen — jedenfalls auf eine rechtliche Thatsache sich beziehen, welche den eigenen Begriffserfordernissen nach ebenso vollendet ist wie die rechtliche Thatsache der vollendeten Offerte und welche wie die Offerte einseitige Aufhebung gestattet, für dieselbe aber auch eine Willenserklärung fordert. Dies ist das geringste Maß von Aehnlichkeit, welches eine Vergleichung gestattet.

die Gemeinschaftlichkeit des aus den Geschäften des Renuntiaten fließenden Gewinnes dem Renuntianten nicht aufgedrungen werden könnten, und derjenigen, welche, wie die alleinige Haftung des Renuntianten aus seinen eigenen Handlungen, darin ihren Grund hätten, daß er nach Aufkündigung keine Gesellschaftshandlungen mehr vorzunehmen gebraucht.

Die Hasse'sche Deutung erklärt nicht Alles, und was sie erklärt, klingt recht gesucht. Der Renuntiant, der den Schaden allein tragen soll, wird sich recht gern einen Antheil am Gewinn des Renuntiaten aufdrängen lassen. In der That verhält es sich wesentlich anders [1]). Die Aufhebung ist vor Kenntniß perfekt, und greifen nur noch diejenigen Wirkungen der societas Platz, welche die Billigkeit fordert und nur soweit diese sie fordert.

Folge der perfekten Aufhebung ist es, daß der Gekündigte allen aus den eigenen Geschäften resultirenden Gewinn beziehe; der Renuntiant will es selbst nicht anders. Der Billigkeit entspricht es, daß der aus derselben Quelle entspringende Verlust getheilt werde. Denn es ist weder billig, daß der Handelnde ihn allein trage, da er sich vielleicht nur durch den Gesellschaftsvertrag zu den fraglichen Rechtsgeschäften hat bewegen lassen und unter der ihm unbekannten Aufhebung der Sozietät nicht leiden darf; noch ist es billig, daß der Aufkündigende den Schaden allein trage, denn der Schade ist doch immer durch den Gekündigten veranlaßt.

Daß der Renuntiant den selbstveranlaßten Schaden trägt, ist Folge der perfekten Aufhebung; will er doch von erfolgter Renuntiation ab nur auf sich stehen. Dagegen wäre es unbillig, ihm den selbsterzielten Gewinn allein zuzusprechen, denn

---

1) Ich folge im Wesentlichen der Interpretation v. Scheurl's a. a. O. p. 263 fg.

die gemeinschaftliche Uebernahme des vom Gekündigten veranlaßten Schadens verlangt eine Gegenleistung.

Wie man auch darüber denken mag, gewiß ist, daß die Entscheidung der Stelle auf dem aequum ius beruht. Dies giebt einer der vornehmsten Anhänger der Vernehmungstheorie, Bekker, zu [1]). Er verwerthet sie deßhalb nicht für seine Ansichten, obgleich er in ihr einen „schlagenden" Beweis derselben sieht. Dies selbst zugegeben, so ist der Beweis schlagend nur vom Standpunkte der aequitas.

Nun werden Aequitätsbestimmungen nur da getroffen, wo die Konsequenzen der ratio iuris den Bedürfnissen des Lebens nicht genügen. Wodurch konnten sie so unbefriedigend erscheinen? Doch nur dadurch, daß sie Vollgültigkeit und Vollwirksamkeit der renuntiatio ergeben ohne Rücksicht auf die Kenntniß des Gegners von derselben.

Die l. 15 D. mand. bestimmt: Wenn Jemand einem Anderen den Auftrag ertheilt hat, ein Grundstück zu kaufen, diesen perfekten Auftrag — die Annahme ist vorausgesetzt [2]) — später widerruft, der Mandatar aber, bevor er den Widerruf in Erfahrung bringt, das Grundstück kauft, so bleibt der Mandant dem Mandatar mandati obligatus. Als Grund wird angeführt: ne damno afficiatur is qui suscipit mandatum.

Diese Begründung charakterisirt die Bestimmung als Aequitätsbestimmung. Denn eine aus der ratio iuris abgeleitete Entscheidung würde anders motivirt sein. Etwa dahin, daß die Aufhebung des Mandates zwar einseitig erfolgen könne, aber, wenn auch nicht den Willen, so doch das Wissen der Gegenseite voraussetze.

Die ratio iuris führt also zu einer Entscheidung, gegen welche sich die aequitas auflehnt. Welche kann dies sein, als

---

1) Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts 1858 Band II p. 361.

2) „mandassem" — A. M. ist Sohm a. a. O. pag. 97.

daß der Widerruf das Mandat aufhebt unabhängig vom Wissen des Gegners? Damit stimmt auch l. 12 §. 16 D. eod. überein, wo es heißt: exstinctum est mandatum finita voluntate (scil. mandatoris) [1]).

Das durch die l. 15 cit. konstatirte aequum ius geht nicht soweit, daß das Mandat bis zu erlangter Kenntniß des Mandatars vollgültig bleibe, als wenn gar nichts Rechtens geschehen sei. Es heißt nicht: non exstinctum est mandatum sondern nur: mandati tibi obligatus ero. Darin liegt: der Mandatar behält nur utiliter die actio mandati contraria; im Uebrigen ist das Mandat erloschen, namentlich in seinen über die Kontrahenten hinausgehenden Wirkungen.

So hat z. B. die actio quasi institoria des Dritten gegen den Mandanten nicht Statt. Daraus folgt betreffs der Solvenz oder Insolvenz des Mandanten Nachstehendes. Ist er solvent, so hat der vom Dritten, also hier vom Verkäufer, verklagte Mandatar mit der actio mandati contraria einen wirksamen Regreß gegen den Mandanten. Ist dieser dagegen insolvent, so bleibt faktisch der Nachtheil aus dem Geschäft auf dem Mandatar sitzen. Dies ist aber auch ganz in der Ordnung, denn es ist der Billigkeit gemäßer, daß er den Schaden trage als daß der Dritte ihn erleide. Was brauchte der Mandatar sich mit einem in seinen Entschlüssen so unstäten und überdieß insolventen Menschen in ein Mandatsverhältniß einzulassen [2])?

1) Hier spricht offenbar die ratio iuris.

2) Man wird vielleicht einwerfen: Was brauchte denn der Dritte an einen insolventen Käufer zu verkaufen? Mußte er nicht über die Solvenz Erkundigungen einziehen? — Darauf ist zu entgegnen: Im römischen Rechtsverkehr war regelmäßig für den Dritten die Person des procurator wichtiger als die des mandator und durfte es sein. Und wenn nicht, also nach der entgegengesetzten Auffassung, so bildet doch der Umstand, daß der Mandant Jemanden gefunden hat, der sich mit ihm in das Vertrauensverhältniß des Mandats eingelassen hat, für den Verkäufer einen Entschuldigungsgrund gegenüber seiner Erkundigungspflicht.

Bei der l. 15 D. mand. beweist mithin nicht nur die Eigenschaft der Regel als aequum ius sondern auch die Gestaltung dieses aequum ius, daß der einseitig gestattete Widerruf sich in begrifflicher Unabhängigkeit vom Bewußtsein des Gegners vollendet. Die aequitas beseitigt einige schreiende Konsequenzen dieses Prinzips, nicht das Prinzip selbst.

Wäre Letzteres hier und in der anderen Stelle der Fall, so wäre, wie schon erwähnt, eine Analogie auf den Widerruf der Offerte nicht ohne Weiteres zulässig gewesen. Von dem gewonnenen negativen Resultate aus drängt sich die Analogie dagegen gradezu auf. Wenn das Recht zur Perfektion einer einseitigen Erklärung, welche einen perfekten Vertrag aufzuheben bestimmt ist, Kenntniß des Gegners nicht erfordert, um wieviel weniger wird diese Kenntniß erforderlich sein zu einer Erklärung, welche eine bloße Offerte aufheben soll?

Es bestätigt sich quellenmäßig, daß der Widerruf der Offerte in seiner Perfektion unabhängig ist von der Kenntniß des Oblaten. Positiven Anhalt für den Vollendungszeitpunkt des Widerrufs geben die Stellen dagegen nicht[1]).

Der Perfektionsmoment der Annahmehandlung ist Datum des Vertrages.

Vertragsschließende müssen initio contractus willensfähig sein, denn sonst sind sie wohl eines Thuns, aber nicht eines Handelns, d. h. gewollten Thuns fähig. Deßhalb sind infantes vom Vertragsschluß in eigener Person ausgeschlossen.

Wenn ferner nach Vollendung der Offerte aber vor Vollendung der Annahmehandlung ein Umstand eintritt, welcher die Handlungsfähigkeit des Offerenten aufhebt, so kann der Vertrag

---

1) Die renuntiatio des societas und der Widerruf des Mandats sind Erklärungen. Wir gewinnen einen weiteren quellenmäßigen Beweis dafür, daß Willenserklärung nicht „Willensmittheilung" ist.

daß der Widerruf das Mandat aufhebt unabhängig vom Wissen des Gegners? Damit stimmt auch l. 12 §. 16 D. eod. überein, wo es heißt: exstinctum est mandatum finita voluntate (scil. mandatoris) [1]).

Das durch die l. 15 cit. konstatirte aequum ius geht nicht soweit, daß das Mandat bis zu erlangter Kenntniß des Mandatars vollgültig bleibe, als wenn gar nichts Rechtens geschehen sei. Es heißt nicht: non exstinctum est mandatum sondern nur: mandati tibi obligatus ero. Darin liegt: der Mandatar behält nur utiliter die actio mandati contraria; im Uebrigen ist das Mandat erloschen, namentlich in seinen über die Kontrahenten hinausgehenden Wirkungen.

So hat z. B. die actio quasi institoria des Dritten gegen den Mandanten nicht Statt. Daraus folgt betreffs der Solvenz oder Insolvenz des Mandanten Nachstehendes. Ist er solvent, so hat der vom Dritten, also hier vom Verkäufer, verklagte Mandatar mit der actio mandati contraria einen wirksamen Regreß gegen den Mandanten. Ist dieser dagegen insolvent, so bleibt faktisch der Nachtheil aus dem Geschäft auf dem Mandatar sitzen. Dies ist aber auch ganz in der Ordnung, denn es ist der Billigkeit gemäßer, daß er den Schaden trage als daß der Dritte ihn erleide. Was brauchte der Mandatar sich mit einem in seinen Entschlüssen so unstäten und überdieß insolventen Menschen in ein Mandatsverhältniß einzulassen [2])?

---

1) Hier spricht offenbar die ratio iuris.

2) Man wird vielleicht einwerfen: Was brauchte denn der Dritte an einen insolventen Käufer zu verkaufen? Mußte er nicht über die Solvenz Erkundigungen einziehen? — Darauf ist zu entgegnen: Im römischen Rechtsverkehr war regelmäßig für den Dritten die Person des procurator wichtiger als die des mandator und durfte es sein. Und wenn nicht, also nach der entgegengesetzten Auffassung, so bildet doch der Umstand, daß der Mandant Jemanden gefunden hat, der sich mit ihm in das Vertrauensverhältniß des Mandats eingelassen hat, für den Verkäufer einen Entschuldigungsgrund gegenüber seiner Erkundigungspflicht.

Bei der l. 15 D. mand. beweist mithin nicht nur die Eigenschaft der Regel als aequum ius sondern auch die Gestaltung dieses aequum ius, daß der einseitig gestattete Widerruf sich in begrifflicher Unabhängigkeit vom Bewußtsein des Gegners vollendet. Die aequitas beseitigt einige schreiende Konsequenzen dieses Prinzips, nicht das Prinzip selbst.

Wäre Letzteres hier und in der anderen Stelle der Fall, so wäre, wie schon erwähnt, eine Analogie auf den Widerruf der Offerte nicht ohne Weiteres zulässig gewesen. Von dem gewonnenen negativen Resultate aus drängt sich die Analogie dagegen gradezu auf. Wenn das Recht zur Perfektion einer einseitigen Erklärung, welche einen perfekten Vertrag aufzuheben bestimmt ist, Kenntniß des Gegners nicht erfordert, um wieviel weniger wird diese Kenntniß erforderlich sein zu einer Erklärung, welche eine bloße Offerte aufheben soll?

Es bestätigt sich quellenmäßig, daß der Widerruf der Offerte in seiner Perfektion unabhängig ist von der Kenntniß des Oblaten. Positiven Anhalt für den Vollendungszeitpunkt des Widerrufs geben die Stellen dagegen nicht[1]).

Der Perfektionsmoment der Annahmehandlung ist Datum des Vertrages.

Vertragsschließende müssen initio contractus willensfähig sein, denn sonst sind sie wohl eines Thuns, aber nicht eines Handelns, d. h. gewollten Thuns fähig. Deßhalb sind infantes vom Vertragsschluß in eigener Person ausgeschlossen.

Wenn ferner nach Vollendung der Offerte aber vor Vollendung der Annahmehandlung ein Umstand eintritt, welcher die Handlungsfähigkeit des Offerenten aufhebt, so kann der Vertrag

---

1) Die renuntiatio des societas und der Widerruf des Mandats sind Erklärungen. Wir gewinnen einen weiteren quellenmäßigen Beweis dafür, daß Willenserklärung nicht „Willensmittheilung" ist.

des Oblaten, ferner eine auf diesen Zweck gerichtete, ihrerseits wieder vollendete Handlung des Oblaten. Sie sämmtlich bewirken, daß der Thatbestand, welcher äußerlich die Acceptation bildet, nicht von Beginn bis zum Ende vom Willen getragen werde. Ein Theil dieses Thatbestandes ist willenlos und darum keine Handlung. Das hier Gesagte folgt aus dem Wesen der Annahmeerklärung als Handlung.

Soweit die Konsequenzen aus dem pag. 44 festgestellten und in seine einzelnen Bestandtheile zerlegten Satz: der consensus erhält rechtliches Dasein erst dadurch, daß die ihm entsprechende Aeußerung sich vollendet hat.

Jeder Umstand, der nach den vorstehenden Auseinandersetzungen die Vollendung des consensus hindert, hindert auch das Zustandekommen des Vertrags. Wenn der Vertrag nicht zu Stande kommt, so kann auch keiner der Kontrahenten zur Erfüllung desselben, resp. zur Leistung des positiven Interesses gezwungen werden.

Diese von der Logik geforderte Schlußfolgerung ist in vielen Fällen hart und entspricht nicht den Bedürfnissen des Verkehrs. Wenn z. B. der Offerent widerruft oder stirbt vor vollendeter Acceptation aber nach Beginn derselben, und nachdem der Oblat mit der Ausführung des Vertrags begonnen oder im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages anderweitige Verpflichtungen übernommen hat, so kann den Oblaten ein großer materieller Nachtheil treffen [1]). Dies erscheint nicht nur hart sondern auch ungerecht [2]) und hat bei fast allen Bearbeitern der

1) cf. hierfür die anschauliche Darstellung Regelsberger's a. a. O. p. 74 u. 75.

2) Regelsberger ebendaselbst (p. 75) drückt sich so aus: „Es fordert das einfachste Rechtsgefühl, daß in den angegebenen Fällen der Anerbotene gegen die Täuschung seines berechtigten Vertrauens und gegen die daraus entstehenden Nachtheile in Schutz genommen werde.“

Lehre von den Verträgen unter Abwesenden das Bestreben nach Abhülfe erweckt.

Diesem Bestreben haben die verschiedensten Konstruktionen dienen müssen. Für alle Konstruktionen ist in den Quellen nach Belegen — direkten und analog zu verwendenden — gesucht worden. Besonders lebhaft sträubte sich das Gefühl dagegen, daß der zum Nachtheil des Oblaten widerrufende Offerent von der Pflicht zum Schadensersatz befreit sein könne.

Außer der s. g. culpa in contrahendo, der Auffassung des Widerrufs als eines dolus oder der Offerte als eines Mandats, dem s. g. stillschweigenden Garantievertrage und dem vertragsmäßigen Widerrufsverzicht, deren Aufstellung direkt den angegebenen Zweck verfolgt, dienen dem gleichen Bestreben, wenn auch nicht zugestandener Maßen, der Versuch, der Offerte unter gewissen Umständen und wenn von gewissen Subjekten ausgegangen, den Tod des Offerenten überdauernde Wirksamkeit zu vindiziren, sowie die Konstruktion, vermöge deren bei gewissen Offerten Stillschweigen des Oblaten als Acceptation gelten soll.

Diese sämmtlichen Versuche sind von Köppen a. a. O. p. 141 — 143; 289 — 294; 299—313; 322 — 323 widerlegt worden. Wenn Köppen auch dabei, wie natürlich, den Zweck verfolgt, die Nothwendigkeit seiner Offerttheorie an der praktischen Unbrauchbarkeit der verschiedenen Variationen der bisherigen nachzuweisen, so hängen doch seine Argumente selbst nicht mit jener zusammen. Er schlägt die Gegner mit deren eigenen Waffen. Die Anerkennung seiner Beweisführung ist mithin von der Anerkennung seiner positiven Resultate unabhängig. Dabei ist die Beweisführung in so überzeugender, gedrängter und doch erschöpfender Weise vorgetragen, daß Neues kaum vorgebracht werden kann, Wiederholung nur auf Kosten der Sache möglich ist.

Ich adoptire demnach den von Köppen aufgestellten Satz

— a. a. O. pag. 323: „Die Offerte und die Acceptation existiren bis zu ihrer Vollendung und Vereinigung, als Willenserklärungen, die getrennt von einander keine rechtliche Wirkung haben, nur durch den fortdauernden Willen ihrer Subjekte: zuvor erfolgter Widerruf, inzwischen eingetretene Handlungsunfähigkeit und der Tod eines der Kontrahenten hindern das Zustandekommen des Vertrages, ohne daß dem Kontrahenten wegen des dadurch erlittenen Schadens ein Ersatzanspruch zusteht [1]).“

Praktisch sind die im Bisherigen behandelten Konsensausschließungsgründe übrigens nur dann, wenn der Lage der Sache nach die Acceptation nicht sofort zu erfolgen hat. Dies ist der

---

1) In einem Punkte, dessen Widerlegung für Köppen ein Interesse nicht hat, dürften die Ansichten Regelsberger's, gegen den sonst die Köppen'sche Widerlegung vornehmlich gerichtet ist, auf allgemeine Anerkennung Anspruch haben. Regelsberger sagt a. a. O. p. 76: „Wir sehen: ein wirksamer Rechtsschutz liegt nur in der Nichtbeachtung des Widerrufs und Behaftung des Antragenden bei seinem Angebote. —. . . . . — Und damit befinden wir uns nicht bloß im Bereich der Wünsche und Forderungen an das Recht, sondern, wenn wir nur die Augen offen halten wollen für dasjenige was um uns vorgeht, des wirklich bestehenden Rechts. Kaufleute und alle Personen, welche dem Verkehr nahe stehen, haben über die Gültigkeit jenes Satzes gar keinen Zweifel. Was aber in solcher Stärke im Bewußtsein des Volkes oder eines Standes lebt, in deren Handlungen sich ausprägt, das trägt alle Merkmale positiven Rechts an sich.“

Demnach sind kaufmännische Offerten schon vor dem H.G.B. gewohnheitsrechtlich unwiderruflich gewesen in der vom H.G.B. später gesetzlich bestätigten Ausdehnung.

Regelsberger trägt hier seinerseits einer nur zu häufig vergessenen Hauptaufgabe des deutschen Juristenstandes Rechnung. Der Aufgabe, die im Volke lebenden Rechtsanschauungen zu beobachten, auf ihre Stärke zu prüfen und auf eine zweckentsprechende Formel zu bringen. Letzteres vermag eine noch so starke und noch so allgemein im Volke verbreitete opinio necessitatis für sich allein nicht. Der Gesammtorganismus des Rechts ist viel zu komplizirt, als daß ihm von ungeübter Hand ein neues Glied eingesetzt werden könnte. Die ungeübte Hand wird entweder über das Ziel hinausschießen oder hinter demselben zurückbleiben. Die im Volke lebende einzelne Rechtsanschauung bedarf zu ihrer Formulirung der Hülfe derjenigen,

Fall bei Bewilligung einer Entscheidungsfrist und unter Abwesenden. Letzteren Fall haben wir vornehmlich im Auge gehabt.

Wir sehen: das römische Recht kennt keine von den gedachten Arten des Offertschutzes. Und doch erfordern einen solchen die Bedürfnisse des modernen Verkehrs bei Schuldverträgen in dringendster Weise. Alle Juristen sind darüber einig. Das Handelsgesetzbuch hat, um dem Bedürfniß entgegenzukommen, der Offerte auf bestimmte Zeit bindende, den Widerruf ausschließende Kraft ertheilt. Den römischen Juristen dagegen sollte das Bedürfniß zu gering erschienen sein, um demselben durch eine Ae-

---

welche von Berufswegen eine Uebersicht über das Ganze haben sollen und demnach auch im Stande sein müssen, dem Einzelnen seine Stelle anzuweisen.

Der Juristenstand ist zwar nicht Träger und Erwecker aber Organisator des Gewohnheits-Rechts.

Mit der hier in Frage stehenden Lehre sähe es weit besser aus, wenn die große Anzahl ihrer Bearbeiter diese Seite des juristischen Berufs berücksichtigt hätte.

Voraussetzung für dessen zweckentsprechende Ausübung ist freilich, daß man, der Mahnung von Scheurl's a. a. O. 248—249 folgend, zunächst feststellt, was die ratio iuris ergiebt, und sich dabei durch die praktische Unzulänglichkeit der Resultate nicht beirren lasse. Denn, wie gesagt, wer im Einzelnen ausbauen will und soll, muß die Uebersicht des Ganzen haben. Auch darf man sich nicht durch Quellenstellen, welche eine Analogie nur auf dem Wege sehr komplizirter und darum stets bestreitbarer Interpretation gewähren, vom Wege abbringen lassen. Unzweifelhafte Auskunft geben nun einmal unsere Quellen nicht, höchstens partiell.

Schon Scheurl ist mit der Konstruktion der Offerte als Mandat seiner eigenen Mahnung untreu geworden. So auch fast alle seine Nachfolger.

Am Auffälligsten tritt dies — von Einzelnen abgesehen, — bei Regelsberger hervor. Und was ist die Folge?

Sein Werk ist ohne Zweifel bedeutend angelegt; der Plan ist umfassend und gut durchgeführt. Die Sprache ist klar und prägnant. Er hat, wie kein Anderer, aus dem Verkehrsleben eine Fülle von geschmackvoll gesichtetem Material beigebracht. Und doch welche Prinziplosigkeit! Oder besser welches Heer von sich kreuzenden und widersprechenden Prinzipien muß der Aufrechterhaltung des einen dienen, mit welchem sie alle unvereinbar sind!

quitätsregel zu begegnen? Ihnen, die im Uebrigen es so vortrefflich verstanden haben, allen wichtigen Erscheinungen des Lebens durch Fortbildung des Rechts gerecht zu werden?

Dies ist in der That unwahrscheinlich. Außerdem ist nur zweierlei möglich. Entweder hat in diesem Punkte, d. h. im obligatorischen Verkehr, das Bedürfniß im kaiserlichen Rom sich nicht so dringend geltend gemacht resp. ist nicht zu Tage getreten, oder es hat bei den römischen Juristen eine andere Lösung gefunden, als unsere Juristen im Corpus iuris entdecken wollen.

Letzterer Meinung ist Köppen, der in seinem mehrerwähnten Werke die Behauptung aufstellt und eingehend zu beweisen sucht, daß das römische Recht, abgesehen von einem ganz untergeordneten Punkte [1]), betreffs der obligatorischen Verträge unter Abwesenden ganz dieselben Bestimmungen treffe wie das Reichshandelsgesetzbuch in seinen A. 318—323 und A. 297.

Die Untersuchungen Köppen's haben ein weit über das Gebiet der Verträge unter Abwesenden hinausgehendes Interesse. Sie stoßen in der That, wenn richtig, die ganze bisherige Lehre von den Schuldverträgen [2]) um. Ihre Prüfung geht über das Thema, das ich mir gesetzt habe, hinaus. Ich habe daher geglaubt, mich betreffs der Wirksamkeit der perfekten Offerte der von der Majorität der Juristen festgehaltenen Grundauffassung anschließen zu müssen [3]).

1) cf. Köppen a. a. O. p. 379 unten und p. 380 oben.

2) Nicht jedoch die Lehre von den Willenserklärungen und die daraus für Offerte und Acceptation zu schöpfenden Rechtssätze. Ebensowenig berühren sie die anderweitigen Verträge.

3) Von Köppen's Abweichungen seien zwei mit seinen eigenen, stets präzisen, Worten angeführt.

Er sagt pag. 384 a. a. O.:

„Diese Verträge" — d. h. die durch s. g. gleichzeitige Offerten entstandenen — unterscheiden sich demnach von einem Vertrage inter praesentes nur dadurch, daß sie ohne bewußte Willenseinigung zu Stande kom-

Ich glaube auch nicht, daß der Köppen'sche Beweis in Allem gelungen ist. Verkehrt wäre es dagegen, die große Bedeutung seiner Untersuchungen zu verkennen [1]). Ebensowenig

men. Sie entstehen durch die Uebereinstimmung der Kontrahenten, ohne daß der eine zu der Willenserklärung des anderen seine Zustimmung giebt, weil in der Uebereinstimmung die Zustimmung liegt. Dagegen schließt die Zustimmung nicht nothwendig die Uebereinstimmung in sich, weil sie erklärt sein kann, ohne daß sie gewollt ist."

Exemplifizirend fährt er fort:

„Wo in Folge eines Irrthums ein solcher Zwiespalt zwischen der Erklärung und dem Willen des einen oder anderen Kontrahenten besteht, zessirt die der Erklärung entsprechende Wirkung, aber den Abschluß des Vertrages hindert der Irrthum nicht, weil er die Erklärung nicht hindert, die dazu erforderlich ist. Das erklärte Rechtsverhältniß verliert seine Geltung, aber das erklärte Rechtsgeschäft existirt, um gegen den Irrenden statt der Forderung auf die Erfüllung des Vertrages eine Forderung auf das quanti interest non esse deceptum für den anderen Kontrahenten zu begründen."

Auf unsere Formulirung gebracht heißt dies:

1. Der consensus ist begrifflich nicht kausale Willensübereinstimmung.

2. Vertrag und Aeußerung des consensus sind begrifflich nicht identisch. Consensus ist zwar rechtlich nicht denkbar ohne Vertrag, aber Vertrag ist denkbar ohne consensus.

Mit 1) steht die gegenwärtige Darstellung in unversöhnlichem Gegensatze. Nicht das Gleiche ist hinsichtlich 2) der Fall. Die dem Vertrage entsprechende Definition heißt dann aber nicht: gegenseitige Erklärung zweier kausal gleichgewordenen Willen sondern: gegenseitige Erklärung zweier in Folge eines kausalen Vorgangs gleichlautenden Willen. Auch würde Manches von unserer Darstellung sub II fallen, Manches in einem anderen Zusammenhange vorgetragen werden müssen. Die Kausalität selbst wäre gerettet, wenn auch auf ein anderes Gebiet übertragen.

Dies nur beiläufig. Vorerst erhalten wir unsere Gesammtdarstellung aufrecht.

1) Man denke an seine scharfsinnigen Beiträge zur Grenzbestimmung von Rechtsgeschäft und Rechtsverhältniß, an seine Klarstellung der Lehre von der donatio inter virum et uxorem, an seine jedenfalls sehr beachtenswerthen Bemerkungen zur Lehre von Bedingung und dies, besonders in Betreff der s. g. Retrotraktivkraft, an seine glänzende Kritik der verschiedenen für Verträge unter Abwesenden aufgestellten Theorien, an seine oben erwähnte originelle Auffassung des Irrthums bei Rechtsgeschäften rc. rc. —.

darf man glauben, daß Köppen seine Ansichten in die Quellen hineingetragen hat. Diese zeigen vielmehr zuweilen eine überraschende Aehnlichkeit.

Andererseits ist es sicher, daß Köppen die praktische Unzulänglichkeit der nicht bindenden Offerte sehr stark empfand, und daß dieses Gefühl, ihm unbewußt, seine Augen für Interpretation der Quellenstellen nach der einen Richtung schärfte, nach einer anderen blendete. Man höre, was er am Schluß der Kritik seiner Vorgänger sagt [1]: „Die jetzt zu Ende geführte Untersuchung der verschiedenen Ansichten, welche bisher über die Perfektionsfrage entwickelt sind, hat die oben aufgestellte Behauptung bestätigt, daß sich aus dem gegebenen Begriff des obligatorischen Vertrages keine Theorie der Vertragsvollendung ableiten läßt, welche zugleich den Ansprüchen des Lebens und einer wissenschaftlichen Begründung gerecht wird. Es kann deßhalb keinem Zweifel unterliegen, daß die heutige Vertragstheorie der römischen nicht entspricht. Der Verkehr fordert, daß für die Bildung des Begriffs des obligatorischen Vertrages das Prinzip der Sicherheit und Beständigkeit maßgebend ist; die römischen Juristen werden ihn daher nicht nach dem für unvollendete Geschäfte geltenden Prinzip der Ungewißheit und des Wankelmuths konstruirt haben."

Wer — wie ich — Köppen's Theorie nicht adoptiren und sich doch nicht entschließen kann, die römische Jurisprudenz anzuklagen, der wird den Grund der auffallenden Erscheinung sich nicht anders erklären können, als daß in den Zeiten des römischen Weltreiches der obligatorische Verkehr unter Abwesenden sich in einer Weise regelte, welche das heute so drängende Bedürfniß nicht mit gleicher Stärke oder gar nicht hervortreten ließ.

Ueber das Wie wird sich der Jurist beim Alterthumsfor-

---

1) a. a. O. p. 333 fg.

scher Auskunft holen müssen. Insbesondere ist dabei von Wichtigkeit, ob die römische Welt bereits ein unserer Post analoges, den Zwecken des Privatverkehres nicht minder wie denen des amtlichen Verkehres dienendes Staatsinstitut gekannt hat [1]). Vom juristischen Standpunkt ist wohl Folgendes als thatsächliche Aufstellung gestattet.

An der geringen Lebhaftigkeit des römischen Handelsverkehrs liegt der Grund nicht; derselbe war sehr ausgedehnt und intensiv. Aber er bewegte sich in anderen Bahnen als der moderne Handel.

Vorerst war ohne Zweifel das Institut des institor resp. exercitor sehr im Schwang. Es ist anzunehmen, daß jeder bedeutende Provinzialkaufmann in Rom, welches relativ in noch weit höherem Maße Weltmarkt war als z. B. jetzt London, sein Komptoir mit einem oder mehreren Institoren hatte, und daß umgekehrt jedes große römische Handelshaus seine Institoren in den Haupthandelsplätzen der Provinz hatte. Die Institoren werden bei der Mangelhaftigkeit der damaligen Verkehrsmittel regelmäßig eine weitreichende Vollmacht gehabt haben, so daß direkte Geschäfte des Produzenten oder Zwischenhändlers mit dem Geschäftsherrn kaum je vorkamen. Die Vollmacht des institor war vor willkürlichem Widerruf geschützt und erlosch nicht mit dem Tode des Geschäftsherrn. Zwischen diesem und dem institor werden Rechtsstreitigkeiten selten gewesen sein, da die Institoren regelmäßig Sklaven oder Hauskinder waren.

In dieser Weise war für größere Entfernungen gesorgt [2]). Für geringere Entfernungen hatte das Alterthum in den zahl-

---

1) Vgl. hierüber einen Aufsatz von Stephan in Raumer's historischem Taschenbuch 4te Folge, Jahrgang IX 1868 pag. 1 ff. besonders p. 66, 83 i. f. — 88, 93. Resultat: der cursus publicus der Römer dient wesentlich amtlichen Zwecken.

2) Das Handelsspekulium wird in gleicher Richtung benutzt worden sein.

reichen Sklaven das natürliche, mit voller Handlungsfähigkeit ausgestattete Material zu Boten. Der bei Verträgen als Bote verwendete Sklave wird regelmäßig im Eigenthum des Offerenten gewesen sein. Fungirte er als erklärungstragender Bote, so ging der ihm übergebene Annahmebrief sofort in das Eigenthum des Offerenten über, und vollendete sich damit die Annahmeerklärung, unabhängig von weiterer Thätigkeit des Acceptanten oder vom Eingang bei dem Offerenten [1]). — Fungirte er dagegen als Erklärungsbote, so handelte er iussu domini. Die von ihm und an ihn abgegebene Erklärung war Erklärung des dominus und an den dominus. In beiden Fällen war der Zeitraum zwischen Beginn und Vollendung der Annahmeerklärung, sowie zwischen jenem und dem Bewußtsein des Oblaten von der Offerte ein ganz kurzer.

Verringerten schon diese Umstände die Widerrufsfrist und die Widerrufsgelegenheit, so wird noch mehr die Schwierigkeit des Verkehrs auch in geringerer Entfernung [1a]), dazu beigetra-

---

1) l. 65 pr. D. de adqu. red. dominio 41, 1 (Labeo): Si epistolam tibi misero, non erit ea tua, antequam tibi reddita fuerit. Paulus: imo contra, nam si miseris ad me tabellarium tuum, et ego rescribendi causa literas tibi misero, simulatque tabellario tuo tradidero, tuae fient. — cf. auch oben p. 18.

1a) Die Schwierigkeit des Verkehrs ist relativ zu nehmen. Sie war vorhanden nur, wenn man sie mit den Verkehrsmitteln unsers Jahrhunderts vergleicht.

Jedenfalls war der Verkehr nicht so leicht, daß, wie es jetzt der Fall ist, die Bedeutung großer Entfernungen für Denken und Wollen entschwunden wäre.

So ist denn auch erst in unserm Jahrhundert der Einfluß der Abwesenheit auf die Verträge eine brennende Frage geworden.

Man wird demnach einen Widerspruch mit dem hier Behaupteten nicht in folgenden Worten Friedländer's (Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms rc. Bd. II p. 1) finden: „die Bedingungen für Leichtigkeit, Schnelligkeit und Sicherheit des Reisens waren im größten Theil des rö-

gen haben, daß man sich nicht leichtsinnig zu Offerten entschloß und noch weniger von dem einmal Beschlossenen leichtsinnig wieder abging. Der Tod vollends spielt bei geringen Entfernungen praktisch kaum eine Rolle [1]).

Man sieht: bei solchen Mitteln zwischen Abwesenden zu vermitteln gab die Abwesenheit als solche kaum je Veranlassung zum Streite über die Perfektion eines Vertrages.

Es stimmt damit überein, daß die römischen Juristen nicht nur den Widerruf der Offerte vollständig ignoriren [2]) sondern auch sonst so selten Offerten als solche erwähnen. Sie thun es fast nur bei der Tradition und zwar bei der Tradition von Grundstücken. Bei dieser wird nicht grade häufig der Tradent selbst oder durch einen Boten die förmliche Uebergabe an Ort und Stelle vollzogen, meist wird er sich mit einer missio in vacuam possessionem begnügt haben. Zwischen dieser und der wirklichen apprehensio des Oblaten konnte Manches eintreten, was eine Entscheidung der Juristen hervorrief. Darum fehlt es auch an solchen nicht.

In Summa: die Nothwendigkeit eines Rechtsschutzes der Offerte qua Offerte ist an die Römer praktisch nicht herangetreten. Deßhalb wird über ihn im Corpus iuris Nichts bestimmt.

---

mischen Reichs in einem Grade vorhanden, wie sie es in Europa zum Theil erst wieder seit dem Anfang unsers Jahrhunderts gewesen sind".

Die Orte, die von den Heerstraßen ablagen, werden übrigens davon wenig gespürt haben.

1) cf. Schott: der obligatorische Vertrag unter Abwesenden pag. 18.

2) Das Zurückziehen des „permittere" in den l. 16 §. 1 D. de praescr. verb. 19, 5 und l. 34 D. de dolo malo 4, 3 charakterisirt sich, wie Köppen p. 302 richtig bemerkt, als einseitiges Zurücktreten von einem nudum pactum. Das „permittere" enthält auch nicht implicite eine vollendete Traditionsofferte, diese hat erst begonnen. Es entspricht insoweit dem in vacuam possessionem mittere.

III. Wann ist unter Abwesenden die Annahme erklärt?

Die dem perfekten Vertrage entsprechende Aeußerung besteht aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen — cf. p. 44 ff. —

Der Zeitpunkt, mit dem sich die erste vollendet, ist sub I festgestellt. Sub II ist festgestellt das Wesen des consensus, und daß aus diesem Wesen das Bewußtsein des Offerenten von der Willensübereinstimmung als Begriffserforderniß des Vertrages sich nicht ableiten läßt — cf. besonders pag. 42 ff. —. Es bleibt festzustellen, wann sich die zweite Hälfte des Vertrages, die Annahmeerklärung, vollende.

Wenn bei Lösung dieser Aufgabe es sich ergeben sollte, daß die Annahmehandlung zu ihrer Vollendung begrifflich Bewußtsein des Offerenten erheischt, so ist dies Folge aus dem Wesen der Annahmeerklärung als solcher. Jede Fragestellung, in welcher das Bewußtsein des Offerenten neben der vollendeten Annahme selbstständig vorkommt, ist demnach falsch und verwirrend. Richtig ist nur die dem gegenwärtigen Abschnitt vorangestellte Formulirung: Wann ist unter Abwesenden die Annahme erklärt? [1]).

Die Annahmehandlung ist eine Willenserklärung. Willenserklärung ist, wie sub I festgestellt wurde, nicht „Willensmittheilung". Aus dem Charakter der Annahme als Willenserklärung läßt sich mithin das Bewußtsein des Offerenten als Begriffserforderniß ihrer Vollendung nicht herleiten. Aus diesem Charakter folgt vielmehr, daß sie vollendet ist, wenn und von wann ab sie als Aeußerung bis zur Entäußerung gediehen und in der ihr besonderen Richtung vom Willen ihres Urhebers un-

---

1) cf. Sohm a. a. O. p. 82 und 83.

abhängig geworden ist. Wie bestimmt sich diese besondere Richtung?

Dies ist der Kardinalpunkt dessen, was noch zu untersuchen ist.

Es wird nicht bestritten werden, daß eine Antwort nur aus dem Charakter der Annahmeerklärung als Annahme geschöpft werden kann.

Annahme ist Zustimmung zu einem gewissen Gedanken- oder Willensinhalte eines Anderen, subjektive Uebereinstimmung mit diesem Inhalte, und zwar nicht spontane sondern durch einen äußeren Umstand veranlaßte Uebereinstimmung.

Beim Vertrage kann sich die in der Annahme liegende subjektive Uebereinstimmung einmal nur auf Willensinhalt und sodann nur auf den durch die Offerte gegebenen Willensinhalt beziehen. Gleicher Maßen ist die Offerte das die Annahme veranlassende Moment. Daraus folgt: Eine Aeußerung ist nur dann Erklärung der Annahme, wenn sie in Allem dem offerentischen Willen entspricht.

Dies ist nicht schon dann der Fall, wenn ihr Inhalt auf die gleichen rechtlichen Wirkungen geht, sondern erst dann, wenn sie in der von der Offerte gesetzten Zeit, in der von der Offerte vorgeschriebenen Form u. s. w. in's äußere Dasein tritt. Diese Form, diese Frist sind inhaltliche Bestandtheile des offerentischen Willens. Ohne ihre Verwirklichung entspricht die Aeußerung diesem Willen nicht in Allem; ohne ihre Verwirklichung ist die Aeußerung von Seiten ihres Subjekts keine übereinstimmende, ist sie keine zustimmende Erklärung, ist sie keine Annahmeerklärung. Kurz: eine Erklärung des Oblaten, die in irgend einem Punkte des Inhalts oder der Aeußerung von dem Offertinhalte abweicht, ist keine Annahmeerklärung.

Wie Formvorschriften und Fristbestimmungen, so kann auch die Offerte Vorschriften über die Vollendung der von ihr

gesetzten Annahmeerklärung enthalten. Eine diesen Vorschriften nicht gemäße Erklärung entspricht ebensowenig in Allem der Offerte, wie eine nicht fristmäßige, eine formwidrige und ist deßhalb ebensowenig eine Annahmeerklärung. Umgekehrt ist eine wie im Uebrigen so auch in diesem Punkte dem Offertinhalte entsprechende Erklärung vollendete Annahmeerklärung.

Der von der Offerte gesetzte Vollendungsmoment kann ein früherer oder späterer sein als der aus den sub I für die Willenserklärung überhaupt festgestellten Grundsätzen sich ergebende.

Der Offerent kann z. B. bestimmen, daß die briefliche Annahmeerklärung perfekt sein soll mit Uebergabe des Briefes an einen Lehrling zur Besorgung auf die Post oder mit Unterzeichnung des Annahmebriefes durch den Oblaten. Er kann ferner bestimmen, daß als stillschweigende Annahme gelten soll das Sortiren der bestellten Waaren im Waarenlager des Oblaten, aus welchem die Waaren vorläufig nicht weggeschafft werden sollen. Alles Fälle auf einen früheren Zeitpunkt gesetzter Vollendung.

In den beiden letzten Fällen scheint die Erfüllung der offerentischen Vorschrift eine Entäußerung in der Richtung des Offerenten nicht hervorbringen zu können. Man ist deßhalb versucht, der vorschriftsmäßigen Handlung die Fähigkeit abzusprechen, dem Offerenten gegenüber als Erklärung zu dienen. Sehen wir näher zu.

Daß die Handlung als Willensäußerung vollendet ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen: ein bestimmter Willensinhalt hat sich von seinem Subjekte losgelöst. An die Schwierigkeit des Beweises und an die leichte Möglichkeit, die Aeußerung wieder zu vernichten, darf man sich nicht stoßen, denn diese beiden Momente sind begrifflich gleichgültig. Begrifflich ist die Aeußerung zum Dasein gekommen, und hat sich das Subjekt des Willensinhaltes entäußert.

Was hier als Aeußerung vollendet ist, ist veranlaßt durch die Offerte und entspricht derselben in Allem. Das Geschehene kann sich deßhalb nur auf den Offerenten beziehen; das Geschehene ist in der Richtung auf ihn geschehen. Diese Richtung ist vom Geschehenen untrennbar und theilt sein rechtliches Schicksal. Die Entäußerungswirkung ist demnach auch in der Richtung des Offerenten eingetreten.

In beiden Fällen ist mithin die Aeußerung dem Offerenten gegenüber als Erklärung dienlich.

Ein Fall, in welchem der Offerent die Vollendung auf einen späteren Zeitpunkt verlegt, liegt dann vor, wenn er festsetzt, daß die briefliche Annahmeerklärung vollendet sein soll erst mit Eingang des Briefes beim Offerenten selbst.

Weiterhin kann der Offerent betreffs der Annahmeerklärung festsetzen, daß sie in einem Thun des Oblaten bestehe, welches für sich betrachtet eine Aeußerung in der Richtung eines Dritten, Erklärung an einen Fremden ist. Im kaufmännischen Leben sind Kaufofferten nicht selten, bezüglich deren dem Oblaten als Annahmehandlung aufgegeben wird die Uebersendung der Waaren an einen Dritten. Die in der Richtung des Dritten vom Oblaten vorgenommene Handlung hat, weil Erfüllung des offerentischen Willens, zugleich Richtung auf den Offerenten, ist Erklärung in der Richtung des Offerenten. Wenn dieser auch noch betreffs ihrer Vollendung Festsetzungen getroffen hat, so kann sie sich als Annahmeerklärung in anderer Weise nicht vollenden. Sollte es, um bei dem vorangegebenen Beispiel zu bleiben, Usus sein, den Käufer zu benachrichtigen, daß die Waaren abgesendet sind, so ist der betreffende Brief nicht Annahmeakt sondern Annahmebenachrichtigung [1a]).

Wir resümiren: die Richtung, welche eine Handlung haben muß, um als Annahmeerklärung zu gelten, bestimmt

1a) cf. Sohm p. 106 a. E.; Scheurl p. 255.

gesetzten Annahmeerklärung enthalten. Eine diesen Vorschriften nicht gemäße Erklärung entspricht ebensowenig in Allem der Offerte, wie eine nicht fristmäßige, eine formwidrige und ist deßhalb ebensowenig eine Annahmeerklärung. Umgekehrt ist eine wie im Uebrigen so auch in diesem Punkte dem Offertinhalte entsprechende Erklärung vollendete Annahmeerklärung.

Der von der Offerte gesetzte Vollendungsmoment kann ein früherer oder späterer sein als der aus den sub I für die Willenserklärung überhaupt festgestellten Grundsätzen sich ergebende.

Der Offerent kann z. B. bestimmen, daß die briefliche Annahmeerklärung perfekt sein soll mit Uebergabe des Briefes an einen Lehrling zur Besorgung auf die Post oder mit Unterzeichnung des Annahmebriefes durch den Oblaten. Er kann ferner bestimmen, daß als stillschweigende Annahme gelten soll das Sortiren der bestellten Waaren im Waarenlager des Oblaten, aus welchem die Waaren vorläufig nicht weggeschafft werden sollen. Alles Fälle auf einen früheren Zeitpunkt gesetzter Vollendung.

In den beiden letzten Fällen scheint die Erfüllung der offerentischen Vorschrift eine Entäußerung in der Richtung des Offerenten nicht hervorbringen zu können. Man ist deßhalb versucht, der vorschriftsmäßigen Handlung die Fähigkeit abzusprechen, dem Offerenten gegenüber als Erklärung zu dienen. Sehen wir näher zu.

Daß die Handlung als Willensäußerung vollendet ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen: ein bestimmter Willensinhalt hat sich von seinem Subjekte losgelöst. An die Schwierigkeit des Beweises und an die leichte Möglichkeit, die Aeußerung wieder zu vernichten, darf man sich nicht stoßen, denn diese beiden Momente sind begrifflich gleichgültig. Begrifflich ist die Aeußerung zum Dasein gekommen, und hat sich das Subjekt des Willensinhaltes entäußert.

Was hier als Aeußerung vollendet ist, ist veranlaßt durch die Offerte und entspricht derselben in Allem. Das Geschehene kann sich deßhalb nur auf den Offerenten beziehen; das Geschehene ist in der Richtung auf ihn geschehen. Diese Richtung ist vom Geschehenen untrennbar und theilt sein rechtliches Schicksal. Die Entäußerungswirkung ist demnach auch in der Richtung des Offerenten eingetreten.

In beiden Fällen ist mithin die Aeußerung dem Offerenten gegenüber als Erklärung dienlich.

Ein Fall, in welchem der Offerent die Vollendung auf einen späteren Zeitpunkt verlegt, liegt dann vor, wenn er festsetzt, daß die briefliche Annahmeerklärung vollendet sein soll erst mit Eingang des Briefes beim Offerenten selbst.

Weiterhin kann der Offerent betreffs der Annahmeerklärung festsetzen, daß sie in einem Thun des Oblaten bestehe, welches für sich betrachtet eine Aeußerung in der Richtung eines Dritten, Erklärung an einen Fremden ist. Im kaufmännischen Leben sind Kaufofferten nicht selten, bezüglich deren dem Oblaten als Annahmehandlung aufgegeben wird die Uebersendung der Waaren an einen Dritten. Die in der Richtung des Dritten vom Oblaten vorgenommene Handlung hat, weil Erfüllung des offerentischen Willens, zugleich Richtung auf den Offerenten, ist Erklärung in der Richtung des Offerenten. Wenn dieser auch noch betreffs ihrer Vollendung Festsetzungen getroffen hat, so kann sie sich als Annahmeerklärung in anderer Weise nicht vollenden. Sollte es, um bei dem vorangegebenen Beispiel zu bleiben, Usus sein, den Käufer zu benachrichtigen, daß die Waaren abgesendet sind, so ist der betreffende Brief nicht Annahmeakt sondern Annahmebenachrichtigung [1a]).

Wir resümiren: die Richtung, welche eine Handlung haben muß, um als Annahmeerklärung zu gelten, bestimmt

1a) cf. Sohm p. 106 a. E.; Scheurl p. 255.

Weise beschränken, beweisen in zwingender Weise [1]) die Unrichtigkeit der Theorie, welche das Bewußtsein des Offerenten von der Annahme als **begrifflichen** Vollendungsmoment der Annahmeerklärung behandeln. Diese Theorie, die Vernehmungs-, Rescissions-, Rekognitionstheorie, steht in unlösbarem Widerspruch mit der bisherigen Vertragslehre, denn sie setzt dem Gesagten zufolge den Vertrag begrifflich aus drei [2]), nicht aus zwei Handlungen zusammen.

Von der gleichen Konsequenz werden diejenigen Anhänger

---

1) Anderweitige Gegengründe, eigene und fremde, stellt in sehr hübscher Weise kurz zusammen Julius **Litten**: quo tempore pactum, inter absentes propositum, perfici videatur. (Dissert. inaugur.) Berolini 1865.

Der von **Schott** a. a. O. p. 5—35 dem gleichen Zwecke gewidmeten Besprechung vermag ich nicht in allen Punkten beizutreten, so gewichtig die meisten seiner Gründe sind.

2) Aus zwei Handlungen des Offerenten und aus einer Handlung des Oblaten.

Das Argument, wird man einwenden, beweist Nichts, weil es zu viel beweist. Erfordert doch jeder Vertrag zwei Handlungen des Oblaten. Der Oblat muß ja, um Bewußtsein von der Offerte zu haben, von ihr Kenntniß nehmen. Diese seine Kenntnißnahme ist begrifflich unabhängig von der Frage, ob er annimmt oder nicht.

Darauf ist zu entgegnen: Es ist richtig, daß Kenntnißnahme Handlung ist. Es ist aber nicht richtig, daß die Kenntnißnahme der Offerte durch den Oblaten eine begrifflich unabhängige Handlung ist. Dies ist sie nur, wenn keine Annahme erfolgt. Wenn umgekehrt Annahme erfolgt, so kommt sie für sich allein nicht in Frage, sondern nur als Bestandtheil der Annahmeerklärung, neben welcher sie einen selbstständigen Zweck nicht hat, von welcher sie nur eine Vorstufe ist und mit welcher sie daher zu einer geschlossenen Einheit, zu Einer Handlung zusammenwächst. Dieses Zusammenwachsen ist dadurch ermöglicht, daß zwischen Kenntnißnahme der Offerte und Beginn der Annahmeerklärung eine Vertragsthätigkeit von Seiten des Gegners nicht bloß nicht begrifflich nothwendig, sondern faktisch gar nicht möglich ist.

Wie kann man eine gleiche Abhängigkeit von der Kenntnißnahme der Annahmeerklärung durch den Offerenten behaupten!

Wer sie als Vollendungsmoment der Annahmeerklärung faßt, faßt sie in einer logisch unmöglichen Abhängigkeit.

der Vernehmungstheorie betroffen, welche das Bewußtsein des Offerenten nicht als Vollendungsmoment der Acceptation sondern als selbstständiges Vertragselement statuiren.

Aus den vorgetragenen Gründen widerlegt sich auch die von Köppen[1]) aufgestellte Behauptung, daß im Sinne der bisherigen Vertragslehre Offerte und Annahmeerklärung begrifflich nur als Frage und Antwort aufgefaßt werden können und deßhalb vermöge der Natur der Antwort die Acceptation dem Offerenten bekannt geworden sein müsse. Antwort ist ebensowenig wie irgend eine andere Erklärung „Willensmittheilung“, dieser Sinn wohnt dem Worte „Antwort“ auch sprachlich gar nicht bei. Wir haben ferner Fälle festgestellt, in denen der Offerent die Uebersendung der Waaren 'an einen Dritten als Acceptation statuirt. Dies ist doch gewiß keine Antwort, in welchem Sinne man das Wort auch nehmen möge.

Die Vorschriften des Offerenten über die Gestaltung der Annahmeerklärung überhaupt und über ihren Vollendungsmoment insbesondere, werden von ihm entweder ausdrücklich oder mittelst stillschweigender Willensäußerung getroffen. Beides ist gleicher Maßen zulässig und wirksam, und ist es sicher, daß im Gegensatz zu dem in der Offerte vorgeschlagenen Vertragsinhalte der hier in Frage stehende Offertbestandtheil sehr häufig einen lediglich stillschweigenden Ausdruck zuläßt.

Es mag ferner sein, daß bei jeder Offerte der Offerent be-

Wer sie als selbstständiges Vertragselement faßt, muß ihr auch die Eigenschaft einer selbstständigen unabhängigen Handlung einräumen.

Wer sie als Bestandtheil der Offerterklärung und deßhalb als abhängig faßt, muß erst beweisen, daß zwei facta eine und derselben Person, zwischen welche facta begrifflich ein factum einer anderen Person fallen muß, anders als auf dem Wege der Fiktion, d. h. der begriffswidrigen Annahme, zu Einer Handlung zusammenwachsen können.

1) a. a. O. p. 141. 296. 318 und sonst. Aehnlich faßt Sohm p. 101 Frage und Antwort auf.

züglich der Vollendung der Annahmehandlung eine gewisse Erwartung hegt. Es ist Pflicht des Richters, mit peinlichster Aufmerksamkeit zu untersuchen, ob der Offerent dieser Erwartung in der Offerte irgendwelchen Ausdruck gegeben und dadurch die Erwartung in erklärten Willen verwandelt hat. Es ist dies des Richters besondere Pflicht, weil, wie wir sahen, der offerentische Wille in erster Linie maßgebend ist für die Beurtheilung der Frage, ob eine gegebene Aeußerung sich als Annahmeerklärung qualifizirt.

Es ist andererseits aber ebenso gewiß, daß der Erwartung, wenn sie nicht ein rein innerer Vorgang bleiben soll, ein Ausdruck gegeben werden muß, und daß der Offerent ihr nicht immer Ausdruck giebt. So enthält z. B. das Stellen einer Kaufofferte mit der Aufforderung an den Oblaten, sich über dieselbe brieflich zu erklären, weder ausdrücklich noch stillschweigend einen Ausdruck der Erwartung, welche der Offerent über den Vollendungsmoment der von ihm gesetzten brieflichen Annahmeerklärung hegen mag.

Wie bestimmt sich in einem solchen Falle die Richtung der Annahmeerklärung? Welche Regeln gelten für die Vollendung dieser Richtung?

Der Richter hat keinen Parteiwillen, an den er sich als maßgebend halten könnte, denn die gehegte Erwartung hat keinen Ausdruck gefunden und existirt daher für ihn als innerer Vorgang rechtlich gar nicht. Er ist mithin auf den allgemeinen Willen, auf das Recht selbst verwiesen.

Eine Handlung ist Annahmehandlung nur dann, wenn sie mit der Offerte in Kausalzusammenhang steht, das heißt wenn sie durch die Offerte hervorgerufen ist. Was als Annahmehandlung gelten soll muß demnach in einer gewissen Beziehung zur Offerte stehen, es muß Richtung auf das Subjekt der Offerte,

auf den Offerenten haben. Die Annahmehandlung ist begrifflich Erklärung gegenüber dem Offerenten.

Diese Richtung drückt sich dann am Schärfsten aus, wenn die Offerte über die Art der Annahmehandlung oder gar über ihre Vollendung Bestimmung trifft; die Annahmehandlung geht dann so zu sagen in ihrer Richtung auf den Offerenten auf. Aber auch im anderen Fall muß in der als Annahmehandlung auftretenden Aeußerung die Richtung auf den Offerenten sich erkennbar ausdrücken. Auch nach dem allgemeinen Willen, nach dem Recht ist eine Erklärung Annahmeerklärung nur, wenn sie an den Offerenten gerichtet ist [1]).

Die Vollendung dieser Richtung bestimmt sich nach den sub I festgestellten Grundsätzen, denn dieselben gelten wie wir sahen nicht nur für Offerterklärungen sondern für Willenserklärungen überhaupt. Nur die Person, an welche die Erklärung gerichtet ist, ist eine andere. Die Art, wie die Richtung sich ausprägen muß, hängt von dem gewählten bezw. vorgeschriebenen Erklärungsmittel ab.

Die Ausprägung der erforderlichen Richtung wird bei der Acceptation in der Regel einen geringeren Kraftaufwand erheischen als bei der Offerte. Die Gründe sind so einleuchtend, daß es nur eines Hinweises auf sie bedarf.

Eine Erklärung ist als Offerte in der Regel nur dann vollständig, wenn sie alle durch den Vertrag hervorzubringenden rechtlichen Wirkungen in so präziser Weise umfaßt, daß es nur einer einfachen Beistimmung des Oblaten bedarf, um den Vertrag fertig zu machen. Eine diesen Erfordernissen genügende Erklärung ist gewiß komplizirter als die Erklärung der „einfachen Beistimmung."

Wenn wir demnach sub I feststellten — cf. p. 25 —,

---

1) cf. v. Scheurl a. a. O. p. 255—56.

daß der wesentliche Inhalt der Offerte selten Reproduktion durch stillschweigende Willenserklärung zulasse, so werden wir für die Annahmeerklärung das Gegentheil behaupten können. Der sehr einfache Hergang der letzteren weist auf stillschweigende Reproduktion geradezu hin.

Die stillschweigende Reproduktion ist in der verschiedensten Art denkbar. Welche Gestalt sie aber auch annehmen mag, stets muß sie eine Aeußerung im Rechtssinne sein und vollendete Richtung auf den Oblaten haben. „Uncivilistisch wäre es der stillschweigenden Willenserklärung größere oder doch frühere Wirksamkeit zuzubilligen als der ausdrücklichen [1])".

Einfaches Schweigen des Oblaten kann nur dann als Acceptation gelten, wenn der Oblat aus irgend einem Grunde [2]) verpflichtet ist, zu reden. Nur dann ist Schweigen eine Unterlassungshandlung und Willensäußerung. Das Präjudiz des Offerenten, daß Schweigen als Acceptation gelten solle, ist kein solcher Verpflichtungsgrund, wohl aber der Umstand, daß der Oblat vor Eingang der Offerte dem Offerenten einen gleichlautenden Antrag gestellt hat. In Letzterem gewinnen wir eine ungesuchte Erklärung des Problems der s. g. gleichzeitigen Offerten.

Wenn binnen der ausdrücklich oder stillschweigend gesetzten Entscheidungsfrist — cf. p. 4 — keine Annahmeerklärung zu Stande kommt [3]), so ist eine später erfolgende Zustimmungserklärung des Oblaten an den Offerenten keine Annahmeerklärung. Ueber den Grund ist man nicht einig [4]). Die wahre

1) Diese Worte entnehme ich Bekker a. a. O. p. 362.

2) Außer dem Grunde, der im unmittelbar Folgenden hervorgehoben ist, stimme ich betreffs der zum Reden verpflichtenden Gründe mit Köppen a. a. O. p. 368 überein.

3) d. h. perfekt wird. Eine nur begonnene Acceptation ist rechtlich keine.

4) s. z. B. v. Scheurl p. 260 fg.; Bekker p. 380 fg.; Köppen p. 368; Regelsberger p. 64 und 65.

Ursache ist die, daß nach Ablauf dieser Frist der vom Offerenten betreffs der Annahmeerklärung kundgegebene Wille einen vollständig entsprechenden Ausdruck Seitens des Oblaten nicht mehr finden kann [1]).

Wenn umgekehrt den aufgestellten Regeln zufolge eine Handlung als Annahmeerklärung zu Stande gekommen ist, sich perfizirt hat, so kann sie diesen Charakter durch einseitiges Thun des Acceptanten oder durch einen sonstigen in seiner Person eintretenden Grund nicht wieder verlieren. Sie kann also weder rückgängig gemacht noch aufgehoben werden. Ersteres ist Folge eines mehrfach aufgestellten Grundsatzes, Letzteres Folge des Umstandes, daß der Vollendungsmoment der Annahmeerklärung Datum des Vertrages ist und darum willensbindend wirkt.

Die willensbindende Natur der perfekten Annahmeerklärung bewirkt, daß der Vertrag auch von der Fortdauer des offerentischen Willens und der offerentischen Willensfähigkeit in seinem Bestehen unabhängig ist.

Dem Oblaten gegenüber zeigt sich diese Unabhängigkeit recht klar im folgenden, von Litten a. a. O. p. 13 mitgetheilten, von seinem Urheber — Merlin, répertoire s. v. vente p. 475 — in entgegengesetzter Absicht aufgestellten Beispiel:

Un homme a dans son cabinet une voûte acoustique, organisée de manière que d'après les sinuosités diverses et extrêmement multipliées des tuyaux, qui la composent, les paroles transmises par l'une des extrémités n'arrivent à l'autre que dans un espace de cinq minutes. Je me trouve en présence de cet homme et dans son cabinet même. Là, après m'avoir dit: „voulez-vous acheter....“? il ajoute: „répondez-moi par votre [y]) voûte acoustique!“ Là dessus nous plaçons, moi à l'une des extrémités de

1) cf. Sohm p. 103.

y) soll wohl heißen: „ma“.

sa voûte, lui à l'autre, et je lui dis par ce porte-voix: „je le veux bien.“ Mais une minute après je change de résolution, je cours à lui et avant qu'il ait pu entendre ma réponse, je lui dis: „je ne veux pas“. Pourra-t-il, après avoir entendu la réponse que je lui ai d'abord faite par sa voûte acoustique prétendre que cette réponse lui ayant été transmise par des tuyaux, dont il est propriétaire et étant par conséquence devenue sa propriété à l'instant même, où elle est sortie de ma bouche, je n'ai pas pu la petracter[x]) .... Non, évidemment non, cent fois non!

Man könnte dem lebhaften Franzosen erwidern: „Ja, tausendmal ja!“ Mit Interjektionen ist es indeß nicht gethan. Wohl aber ist es klar, daß der Acceptant die Verfügung über das von ihm benutzte Erklärungsmittel verloren hat, und deßhalb, ganz abgesehen von der Eigenthumsfrage, die Annahmeerklärung perfekt ist[1]). Wenn er das Ganze als ein Spiel an-

---

x) rétracter?

1) Die Erklärung hat gelebt, ist zum Dasein gekommen. Sie selbst läßt sich nach dem Grundsatz: was geschehen ist, ist nicht mehr ungeschehen zu machen, nicht ex tunc aufheben, nicht rückgängig machen. Sie läßt sich aber auch nicht mehr ex nunc aufheben, denn sie ist Annahmeerklärung.

Gleiches gilt für den Fall, daß ein Oblat, der nach seiner eigenen Wahl brieflich oder telegraphisch annehmen kann und das Erstere wählt, seinen Entschluß bereut zu einer Zeit, wo er den Brief von der Post, auch mit Hülfe des Telegraphen, nicht mehr zurückbekommen, aber den Brief selbst mit einem direkten Telegramm an den Offerenten noch überholen kann. Derartiges dürfte im überseeischen Handelsverkehr leicht vorkommen. — Die Möglichkeit, per Telegraph dem Offerenten den Willen, aufzuheben früher als den aufzuhebenden Willen kundzugeben, vermag nicht diesem seine zu vollem Dasein gelangte Verkörperung rückwärts zu entziehen, und diese Verkörperung ist die Verkörperung einer Annahmeerklärung.

Hier zeigt sich recht die Wichtigkeit des obigen zuerst pag. 18 aufgestellten und im dortigen Zusammenhange etwas trivial klingenden Satzes.

Dem Satze ist nur durch eine Fiktion beizukommen. Das Handelsgesetzbuch thut dies in seinen hierher gehörigen Bestimmungen A. 320, 2.

sah, so hat er den Schaden zu tragen. Der Gegner meinte die Sache ernst und durfte auch bei ihm Ernst erwarten. Der Acceptant trägt also den Schaden mit Recht; er hat ihn sich selbst bereitet.

Litten nennt das Beispiel „permirum". Er hat gewiß Recht; doch überhebt dies nicht der Verpflichtung, es zu prüfen [1]), denn der Begriff muß für Alles eine Antwort haben. Die Wunderlichkeit rächt sich übrigens an Merlin selbst, denn offenbar ist das „non, évidemment non, cent fois non!" durch die Empfindung diktirt, das Ganze sei Spielerei, mag sich Merlin dieser Empfindung auch nicht bewußt werden.

Im Vorstehenden ist ausgeführt, wann nach allgemeinen Grundsätzen die Annahme erklärt ist. Die eruirten Rechtsregeln gelten an sich für Verträge unter Anwesenden wie für Verträge unter Abwesenden. Praktische Wichtigkeit haben sie indeß fast nur bei den letzteren und werden daher mit Recht bei ihrer Betrachtung festgestellt. Ja man kann sagen, daß erst die Untersuchung des Einflusses, welchen die Thatsache der Abwesenheit auf die Perfektion des Vertrages ausüben möge, in die Lehre von der Perfektion des Vertrages Klarheit gebracht hat. Bei den Verträgen unter Anwesenden verlaufen die den Vertrag erzeugenden Vorgänge so schnell, daß es sehr schwer zu unterscheiden ist, quid iuris und quid facti sit.

Die Verwandtschaft der gewonnenen Resultate mit den Sohm'schen springt in die Augen.

Sohm hat für eine große Anzahl von Verträgen sowohl aus dem Corpus iuris als aus dem modernen Verkehrsrecht

---

Es drückt sich aber auch entsprechend aus: „Ebenso ist die Annahme für nicht geschehen zu erachten, wenn der Widerruf noch vor der Erklärung der Annahme oder zu gleicher Zeit mit demselben bei dem Antragsteller eingegangen ist".

1) Litten kommt zu gleichem Resultate wie ich.

überzeugend[1]) nachgewiesen, daß die Ausführung des Offertwillens rechtskräftige Annahmeerklärung ist. Wesentlich unter dem Einflusse seiner Beweisführung ist hier der Offertwille als in erster Linie für den Perfektionsmoment der Annahmeerklärung maßgebend festgestellt worden.

Sohm geht in der Generalisirung der von ihm aufgedeckten besonderen Rechtssätze weiter. Bei ihm ist in der gedachten Beziehung der Offertwille nicht bloß in erster Linie maßgebender sondern allein maßgebender Faktor, weil angeblich stets vorhanden. Ich habe mich nicht überzeugen können, daß ein bezüglicher Offertwille für das Recht stets vorhanden sei und mußte daher für die Fälle, in denen er nicht vorhanden, eine anderweitige Regel für den Perfektionsmoment der Annahmeerklärung suchen.

Ein weiterer Unterschied meiner Resultate von den Sohm'schen, auch da wo beide inhaltlich übereinstimmen, liegt darin, daß die meinigen nicht nur nicht mit der Natur der Willenserklärung überhaupt in Widerspruch stehen wollen, sondern sogar als Konsequenzen derselben auftreten, während Sohm das von ihm für die Vollendung der Annahmeerklärung gefundene Prinzip in bewußtem Gegensatz zu der eigenen Auffassung der Willenserklärung als „Willensmittheilung" aufstellt[2]).

1) Nur betreffs der l. 15 D. mand. bin ich der Meinung, daß sie nicht hierher gehört — cf. oben pag. 53 ff.

2) Es sei übrigens erwähnt, daß Anklänge an die Realisirungstheorie — unter diesem Namen faßt Sohm seine Ergebnisse zusammen — schon früher vorkommen. Nicht bloß darin, daß fast alle Schriftsteller dem Offerenten einen Einfluß auf die Art der Acceptation — per Brief, Telegraph &c. — zugestehen, sondern auch so, daß Manche diesen Gedanken für die Perfektionsfrage verwenden.

So schon Rudloff, de acceptatione Altdorffi 1676 p. 37: Promissio vel ita concipitur: Volo ut valeat, si acceptetur, et statim valet post acceptationem, licet promittens ignoret acceptatam fuisse; vel ita: Volo ut valeat si acceptatum intellexero; et nihil iuvat acceptatio, nisi indicata fuerit promittenti. Quod si vero ex verbis non appareat de mente promittentis, ex negotii natura praesumendum, utrum sensum ob oculos

Die positivrechtlichen Nachweise Sohm's sind ebenso viele Nachweise für die hier vorgetragene Theorie, da die diesseitige Abweichung von der Sohm'schen Theorie lediglich auf Erwägungen allgemeiner Natur beruht. Der Verfasser sieht von einer Wiederholung ab, da er nicht hoffen kann, eine bessere Interpretation als Sohm zu liefern.

Dagegen ist noch mehrerer Stellen zu gedenken, welche von den Gegnern für sich in Anspruch genommen werden.

Diese Stellen sind:

1. Ulpiani fragmenta XX, 3: mutus, surdus, furiosus .... testamentum facere non possunt, surdus quoniam verba familiae emtoris exaudire non potest.

2. §. 1 Inst. de V. O. 3, 15: vel qua alia lingua stipulatio concipiatur nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum eius linguae habeat.

3. l. 1 pr. D. de V. O. 45, 1 (Ulp.): Stipulatio non potest confici, nisi utroque loquente: et ideo neque mutus, neque surdus, neque infans stipulationem contrahere possunt, nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent. Si quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et acquiret ei ex stipulatu actionem. Item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus.

4. l. 1 §§. 14 u. 15 D. de O. et A. 44, 7 (Gaius): Mutum nihil pertinere ad obligationem verborum natura manifestum est. Sed et de surdo idem dicitur, quia,

---

habuerit promissor; ita ut si promissio sit liberalis, prior sensus adfuisse credatur.

(Ich zitire nach Regelsberger p. 27: die Schrift selbst, welche Regelsberger p. 86 als „unbedeutend“ bezeichnet, ist mir nicht zugänglich.)

Es ist dies eben nur ein Anklang, der von der Vertiefung des Gedankens, die wir Sohm verdanken, weit abliegt.

etiamsi loqui possit, sive promittat, verba stipulantis exaudire debet, sive stipuletur, debet exaudire verba promittentis; unde apparet non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, sed qui omnino non exaudit.

5. l. 48 D. de O. et A. 44, 7 (Paulus): in quibuscunque negotiis sermone opus non est, sufficiente consensu, iis etiam surdus intervenire potest, quia potest intelligere et consentire, veluti in locationibus conductionibus, emtionibus et ceteris.

Die Stellen sollen insgesammt beweisen, daß zur Perfektion des Vertrages Bewußtsein des Offerenten von der Annahmeerklärung erforderlich sei. Wir werden zu ihrer richtigen Interpretation des Zusammenhanges wegen schon Besprochenes wiederholen müssen.

Mündliche Acceptation kann nur unter Anwesenden zum Vertragsschluß führen, denn bloße Worte behalten die ihnen gegebene Richtung nicht über den Zeitraum, den sie einnehmen, hinaus und führen zu einer objektiven Willenserklärung nur dann, wenn der Gegenstand der ihnen gegebenen Richtung, der Gegner, gegenwärtig ist, sie hört und dadurch ihrem Urheber die Möglichkeit, über sie resp. das durch sie Ausgedrückte weiter zu verfügen, entzieht, die Worte in der ihnen gegebenen Richtung für immer bannt und festhält. Dadurch erhalten die Worte in der fraglichen Richtung sozusagen erst Leben, eine Existenz für sich, trennen sie sich von ihrem Subjekte, gewinnen sie Objektivität, wird das Subjekt ihrer entäußert.

Diese Entäußerungswirkung ist das entscheidende Moment für das Zustandekommen der Willenserklärung; das Hören und das im Hören liegende intelligere sind nur insofern von Wichtigkeit, als bei mündlicher Erklärung Hören das einzig faktisch gegebene Mittel ist, durch welches die Entäußerung herbeigeführt werden kann [1]). Das Hören, somit auch das intelligere,

1) Aehnliche Auffassung bei Schott a. a. O. pag. 31—34.

kommt demnach als Vollendungsmoment einer Erklärung vor, aber nur als faktisches [1]).

Wenn nun trotz körperlicher Gegenwart der Vertragslustigen ein Umstand vorhanden ist, welcher das allein zur Objektivirung der mündlichen Acceptation führende Mittel neutralisirt, wenn z. B. der leiblich anwesende Offerent vollkommen taub ist, so kann eine Willenserklärung nicht zu Stande kommen. Die mündliche Zustimmungsäußerung bleibt als Erklärung etwas Subjektives; es kann die Perfektion des Vertrages nicht eintreten. Es kommt ganz auf dasselbe hinaus, als wenn die Acceptation mündlich unter Abwesenden stattgefunden hätte. Dies ist mehr als ein treffender Vergleich, denn der Taube ist in der That Allem gegenüber, was Hören erheischt abwesend.

Nirgends tritt das Gesagte augenscheinlicher hervor als in dem von Regelsberger [2]) zu entgegengesetztem Zwecke herangezogenen Beispiel Merlin's a. a. O.:

Je me trouve en présence d'un sourd qui me dit: „Voulez - vous m'acheter cette chose mopennant tel prix?“ Je lui réponds: „Je le veux bien“. Mais il ne m'entend pas; il me déclare ne pas m'avoir entendu et me prie de lui mettre par écrit la réponse, qu'il juge d'aprés le mouvement de mes lévres luiavoir été faite par moi. Alors je prends la plume et je lui trace ces mots: „Je vous ai dit que je le voulais bien; mais toutes réflexions faites, votre proposition ne me convient pas.“ — Cet homme pourrait-il prétendre que par la réponse, que je con-

---

1) Was rechtlich die Entäußerungswirkung hervorbringt, ist der Umstand, daß der Sprechende es bis zum Hören kommen läßt. Diese Unterlassungshandlung nimmt hier freilich einen lediglich juristischen Moment ein. Diese Omissivhandlung ist dem Abwesenden und dem Tauben gegenüber unmöglich.

2) a. a. O. p. 12 und 13.

vien lui avoir faite de vive voix, je me suis irrévocablement lié envers lui? non certainement, et s'il me poursuit, le juge le déboutera sans hésiter.

Deßhalb sind Taube zum Abschluß von solchen Verträgen unfähig, welche nur durch mündlichen Austausch von Worten stattfinden können. Solche Verträge waren die römische Stipulatio und die der alten Testamentsform per aes et libram zu Grunde liegende mancipatio. Für letztere cf. die 1. Stelle.

Deßhalb sind Taube unfähig zum Abschluß von solchen Verträgen, bei welchen die Kontrahenten anwesend sind, und der Acceptant seine Acceptation aus irgend welchem Grunde mündlich vorbringt.

Auf ähnlichen Erwägungen beruht es, wenn §. 1 Inst. cit. bestimmt, daß die stipulatio in jeder Sprache stattfinden dürfe, daß aber beide Kontrahenten der wirklich gewählten mächtig sein müssen. Denn in derselben Weise, wie der Taube Allem gegenüber, was mündlich erklärt wird, abwesend ist, ist derjenige, welcher eine Sprache nicht versteht, Allem gegenüber abwesend, was in dieser Sprache vorgeht.

Die Stellen 3) und 4) stehen mit dem Gesagten in Einklang. Besonders prägnant wird es bestätigt in der l. 1 pr. D. de V. O. cit.

In ihr wird der surdus wie mit dem mutus und dem infans so auch mit dem absens gradezu auf eine Stufe gestellt. Alle sollen in eigener Person keine gültige Stipulation abschließen können. Durch einen Sklaven können sie es. Da ist es nun höchst beachtenswerth, daß es heißt: per servum praesentem. Ulpian hat sich gemüßigt gesehen hervorzuheben, daß beim Sklaven das vorhanden sein müsse, was beim Herrn fehle: der Gebrauch der Sprache, ein höheres Alter als das

der Kindheit, das Hörenkönnen, die räumliche Gegenwart Dies Alles drückt er durch das eine Wort „praesentem“ aus. Dieses eine Wort hält er für hinreichend zur Bezeichnung des Gegensatzes nicht nur zum Zustand räumlicher Trennung sondern auch zu den sämmtlichen übrigen Zuständen [1]). — Man sieht, wie sehr der römische Jurist sich der hier vorgetragenen Auffassung nähert.

Die beiden Quellenstellen handeln von der Stipulation. Wie schon gezeigt, muß wegen der Gleichheit des Grundes ein Gleiches gelten hinsichtlich jedes Vertrages unter Anwesenden, bei dem die Annahme mündlich erklärt wird. v. Scheurl [2]) will ihre Beweiskraft auf die Stipulatio beschränken. Bei dieser werde das „exaudire“ als Formerforderniß verlangt, ein gleiches Formerforderniß liege bei anderen Verträgen nicht vor. Dem gegenüber hat Windscheid [3]) sicher Recht, wenn er hervorhebt, daß der Stipulationsform Genüge geschieht, wenn die Worte überhaupt gesprochen werden.

Was hier von mündlicher Acceptation gesagt worden ist, bestätigt die l. 1 §. 15 D. de O. A. cit. betreffs der mündlichen Stipulationsofferte. Es gilt ein Gleiches von jeder mündlichen Offerte.

Wenn nun aber die Offerte nicht mündlich zu geschehen braucht und in der That nicht mündlich geschieht, so ist die Taubheit des Oblaten ebensowenig ein Hinderniß für Objektivirung der Offerte wie räumliche Trennung. In sie konsentiren kann er freilich nur, wenn sie in sein Bewußtsein übergeht.

---

1) In seiner gewöhnlichen einfachen Bedeutung wirkt das Wort gradezu sinnstörend. Man könnte dann aus der Stelle herauslesen: im Gegensatz zum Herrn kann der Sklave taub, stumm 2c. sein, wenn er nur körperlich anwesend ist.

2) a. a. O. p. 253.

3) Pandekten §. 306 — cf. auch Bekker a. a. O. p. 353.

Diesen Sinn hat es, wenn die l. 48 Dig. eod. cit., welche eine Offerte an einen Tauben im Auge hat, das intelligere desselben voraussetzt. In quibus cumque negotiis sermone opus non est sufficiente consensu: wo mündliche Rede nicht Formerforderniß ist, kann die Uebereinstimmung irgendwie erklärt werden, braucht sie nicht mündlich zu erfolgen, braucht deßhalb auch die erste Hälfte des Konsensuskörpers, die Offerte, nicht mündlich erklärt zu werden. Auch der Taube kann dann eine Offerte in sein Bewußtsein aufnehmen (intelligere) und seine Zustimmung zu derselben erklären (consentire). Er ist darum vom Vertragsschluß nicht ausgeschlossen: iis etiam surdus intervenire potest.

Daß die Stelle keinen tauben Offerenten im Auge hat und sich deßhalb nicht auf die Acceptation bezieht, ergiebt sich aus den Worten: quia potest intelligere et consentire.

Wenn die Vernehmungstheorie das intelligere für sich in Anspruch nimmt, so muß sie auch das consentire mit in den Kauf nehmen. Das heißt, wenn die Stelle beweisen soll, daß zur Vertragsperfektion Bewußtsein des Offerenten von der erfolgten Annahme gehört, so beweist sie auch, daß der Offerent noch einmal in die Acceptation einwilligen muß. Dies ist mehr als die Vernehmungstheorie behaupten will. Denn nun müßte dieser Einwilligung in die Acceptation eine weitere Einwilligung des Oblaten folgen u. s. f. u. s. f.; es käme nie ein Vertrag zu Stande.

Die Vernehmungstheorie wird demnach auf die l. 48 D. cit. als Beweismittel verzichten müssen[1a]). Nicht besser ergeht es ihr, wie wir sehen, mit den übrigen Stellen.

1a) Dagegen ist die l. 48 D. cit. ein Quellen-Beweis für unsere Auffassung des consensus als kausaler Willensübereinstimmung.

IV. Schluß.

Wir sind am Schluß unserer Ausführungen angelangt.

Der Verfasser hat sich bei denselben von der Mahnung v. Scheurl's a. a. O. p. 248 und 249 leiten und sich deßhalb „durch Schwierigkeiten, welchen die Anwendung von Rechtswahrheiten auf die so mannigfaltigen Erscheinungen des wirklichen Lebens begegnet, an der Anerkennung dieser Rechtswahrheiten" nicht irre machen lassen. cf. pag. 60 nota 1.

Die gewonnenen Ergebnisse lassen in der That an praktischer Brauchbarkeit zu wünschen übrig. Nicht freilich insoweit als das Sohm'sche Prinzip reicht; denn keine Gesetzgebung [1]) kann und wird den Offerenten in der Aufstellung von Regeln für die ihm im einzelnen Falle genehme Acceptation beschränken.

Hiervon abgesehen ist für die hier behandelten Theile der Vertragslehre eine Gesetzgebung nur dann praktisch brauchbar, wenn sie drei Forderungen erfüllt:

1. Gegen den Offerenten, der nicht ausdrücklich oder stillschweigend den Willen kundgegeben hat, auf Kenntniß der Annahmeerklärung zu verzichten, darf die Geltendmachung des Vertrages nur dann gestattet werden, wenn diese Kenntnißnahme nur noch von ihm selbst abhing.

2. Für die gangbarsten Erklärungsmittel muß ein leicht zu beweisender Vollendungstermin festgesetzt werden.

3. Der mit der Offerte befaßte Oblat muß während der Entscheidungsfrist einen rechtlichen Schutz haben gegen alle aus der Person des Offerenten fließenden Ausschließungsgründe des Vertrages.

Inwieweit unsere Resultate dieser 3 Forderungen nicht genügen, springt in die Augen.

---

1) Ueber die Interpretation des HGB. in dieser Beziehung vgl. Sohm a. a. O. p. 106.

Den Forderungen auf legislativem Wege gerecht zu werden ist an sich nicht bloß in einer Weise denkbar. Das Reichshandelsgesetzbuch berücksichtigt sie alle drei.

Es ist nicht unsere Aufgabe zu untersuchen, ob die Lösung des HGB. über das praktische Bedürfniß hinausgeht. Ebensowenig ist es unsere Absicht, seine Rechtssätze einer ausführlichen Besprechung zu unterwerfen.

Die Literatur, soweit sie hier nicht zitirt ist, ist zu ersehen bei Schott a. a. O. pag. 5 und pag. 36—38.

II.

Studien über Mentalreservation und Simulation,

von

Dr. **Josef Kohler,**

Kreisgerichtsrath in Mannheim.

---

§. 1.

Die gewöhnliche Lehre stellt sich zur Mentalreservation, wie folgt: Sie erblickt in ihr einen bewußten Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung, spricht aber aus mehr oder minder plausiblen Gründen dieser Inkohärenz zweier sonst so nothwendiger, so in einander eingreifender Faktoren für die Regel jede Bedeutung ab; nur wenn diese Disharmonie für denjenigen, mit dem der Erklärende in unmittelbare Berührung kommt, erkennbar wird, soll sie für das Rechtsleben erheblich sein.

Diese ganze Auffassung beruht auf dem fehlerhaften Dualismus, welcher die Rechtslehre durchzieht und welcher so lange nicht zur Ruhe kommen wird, als nicht unsere philosophische Bildung für das Civilrecht so fruchtbar gemacht wird, wie für das Kriminalrecht. Es ist unrichtig, wenn man den rechtlich bedeutsamen Willen und die Erklärung als zwei getrennte Erscheinungen darstellt, welche sich beliebig verschieben ließen, und von denen die Erklärung dem Willen untergeordnet wäre; es ist unrichtig, wenn man sagt: „Eigentlich muß der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden und

nur, weil er ein inneres, unsichtbares Ereigniß ist, bedürfen wir eines Zeichens, woran er von andern erkannt werden könne, und dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist eben die Erklärung" (Savigny, System III S. 258); es ist unrichtig, wenn man meint: „Das Recht erfordert nur um der Erweislichkeit willen in solchen Fällen neben der Existenz auch noch eine Aeußerung des existent gewordenen Willens" (Dahn in Goldschmidt's Zeitschr. IX S. 508), wenn man mit Schliemann (Lehre vom Zwang S. 119 flg.) und Voigt (Das jus naturale III S. 98) der Willenserklärung nur die untergeordnete Funktion einer Entdeckungsquelle des Willens vindizirt.

Vielmehr ist der rechtlich erhebliche Wille im Civilrecht ebensowenig von der Erklärung zu trennen, wie im Kriminalrecht, die Erklärung ist ebenso für die civilrechtliche wie für die strafrechtliche Beurtheilung ein wesentliches und untrennbares Stück des Thatbestandes. Das Recht erkennt die unnatürliche Spaltung von Wille und Erklärung, von Innen und Außen, von Geist und Materie nicht an, die Willenserklärung ist eine Einheit, an welcher der ganze physisch geistige Mensch gearbeitet hat. Die Erklärung ist keine Verkündung eines bereits feststehenden, bedeutungsvollen Aktes, sie ist nicht gleichsam ein Trompetenstoß, welcher von überirdischer Sphäre zu uns herüberschallt; vielmehr sind Wille und Erklärung nur die zwei Seiten, gleichsam die zwei Pole eines und desselben Phänomens, die zwei untrennbar verschlungenen Qualitäten einer und derselben Erscheinung. Nicht die innern Willensevolutionen, nicht die internen Bewegungserscheinungen in der Geburtsstätte unseres Wollens sind von rechtlicher Tragweite, das, was den rechtlichen Boden betritt, ist die Willensaktion, das in die Körperwelt eintretende Operat des voluntären Lebens. Nicht mit Wille und Erklärung, sondern mit Willensaktionen, mit äuße-

ren Willensentwickelungen hat es das Recht zu thun; in diesen Operaten liegt Körper und Geist, Aeußeres und Inneres, Erscheinung und Wille untrennbar vereint [1]). Auch hier gilt Immanenz, nicht Transcendenz.

Im Kriminalrecht ist diese Wahrheit allgemein anerkannt; der Mord ist nicht die bloße Enthüllung eines an sich schon strafbaren Willens, die Injurie nicht die bloße Kundbarmachung eines an sich schon dem Kriminalrichter verfallenen inneren Vorgangs; die interne Willensevolution berührt noch nicht die Sphäre der Justiz, erst die Willensprozedur, der den Bewegungsnerven durchzuckende Willensstrom, das frank und frei auf dem Boden der Sinnlichkeit sich bewegende Willenserzeugniß kommt zur juristischen Geltung.

Mag man daher immerhin die Erklärung eine Offenbarung des Willens nennen, so ist sie eine Offenbarung nicht im Sinne einer bloßen Erkenntnißquelle, sondern im Sinn einer Verkörperung, einer Objektivirung, einer Inkarnation, in gleichem Sinne wie unsere Philosophen von einer Offenbarung des Weltwillens durch die Natur, durch die Kunst u. s. w. sprechen. Der Sinnspruch der Rechtswissenschaft ist das Faust'sche Wort: Im Anfang war die That, mit der That erst beginnt das Recht und die Wissenschaft des Rechts [2]).

Wäre die Aeußerung nur eine Entdeckungsquelle des Willens, so wäre sie nur eine prima inter pares; jede ernstliche Erklärung an eine dritte unbetheiligte Person würde ihr gleichstehen; es würde ihr gleichkommen, wenn ich meinen Willen in

---

1) Vgl. auch Burckhard, civilist. Präsumtionen S. 249, Zimmermann, stellvertretende Negotiorum Gestio S. 17. 18.

2) Schopenhauer (Welt als Wille und Vorstellung S. 234 fg.) weist mit Recht darauf hin, daß wir uns in Nichts so sehr täuschen, als in der Richtung, Stärke und Energie des Willens, daß es meist „der That bedarf, um uns selbst von der Aufrichtigkeit des Entschlusses zu überzeugen."

das Tagebuch eintrage oder in einem Brief niederlege, den ich im Pult verschließe. Ja, es könnte jeder Betheiligte meinen innern Willen durch Eideszuschiebung eruiren, und ich würde mir einen Meineid auf die Seele laden, wollte ich eine zustimmende Willensevolution abschwören, die ich vorher in mir aufkeimen ließ. Und, um uns auf den altbewährten Standpunkt des forum conscientiae zu stellen, ein honetter, ehrlicher Mann müßte sich durch eine zustimmende innere Willensregung für gebunden erachten und eine entgegengesetzte Willenserklärung wäre ein sein Gewissen beschwerender Vertragsbruch, nicht minder beschwerend, wenn er auch vor dem weltlichen Richter beweislos bliebe.

Mit der Adoptirung dieser richtigen Auffassung fällt sofort die gewöhnliche Lehre von der Mentalreservation über den Haufen[1]. Es ist schlechterdings unmöglich, daß eine Willensaktion sich bewußtermaßen widerspricht, daß sie bewußtermaßen eine Erklärung ohne Wille zu Tage fördert. Es ist möglich, daß der Wille bei der Aktion abirrt, daß der ausgestreute Samen in falsches Erdreich fällt und verdorrt, daß die Willensbewegung in falsche Bahnen geräth und ihr Ziel verfehlt; daß aber der Wille den rechten, d. i. den durch sein Bestreben angewiesenen Weg geht und zugleich nicht geht, daß er zugleich agirt und zugleich nicht agirt, das ist schlechterdings unmöglich, ebenso unmöglich als es ist, daß der Mörder zugleich seinen Streich führt und zugleich nicht führt. Eine solche Annahme läßt sich nur erklären, wenn man statt der allein entscheidenden Willensaktion den unerheblichen internen Willensbewegungen, den völlig irre-

---

1) Vgl. nunmehr auch Schloßmann, der Vertrag S. 105 fg. Die mannigfachen Anklänge an diese Schrift sind um so beweisender, als sie zufällig sind. Dieselbe kam mir erst nach Vollendung dieser Arbeit zu. Vgl. auch meine Ausführungen in den Annalen der badischen Gerichte XXXXII S. 221.

levanten Strömungen in der Geburtsstätte des Willens Bedeutung beimißt. Wer bewußtermaßen 100 verspricht, der hat die entscheidende Willensaktion vollbracht; was kümmert es das Recht, daß er sich in seinem Innern gegen das Versprechen sträubt, daß er in seinem Innern denkt, er wolle blos Worte machen, keine Verpflichtung übernehmen? Wer bewußtermaßen tradirt, der hat den entscheidenden Schritt gethan, von dessen Folgen ihn keine interne Willensströmung, keine innere Protestation, kein e pur si muove erretten kann. Daher ist die Mentalreservation nicht deßhalb unwirksam, weil „alle Rechtsordnung auf der Zuverlässigkeit jener Zeichen beruht, wodurch allein Menschen mit Menschen in eine lebendige Wechselwirkung treten können" (Savigny III S. 258), nicht deßhalb, weil sie „eine Unsittlichkeit involvirt" (Schliemann, Lehre vom Zwang S. 114), weil sie „der fides widerspricht, welche die Grundlage jeder Obligation ist" (Czyhlarz in dies. Jahrb. XIII S. 20) und auch nicht deßhalb, weil sie sich nicht beweisen ließe; sondern deßhalb, weil ein bewußter Widerspruch in dem rechtlich erheblichen Willen, ein bewußter Widerspruch in der Willensaktion völlig undenkbar ist; weil der angebliche Widerspruch nur in den rein psychologischen innern Seelenakten gefunden werden kann, welche für den rechtlichen Thatbestand nicht in Betracht kommen.

Man könnte nun immerhin sagen, ich stimme in der Verwerfung der Mentalreservation mit der gewöhnlichen Lehre überein und es sei unerheblich, daß meine Gründe andere sind, als die gewöhnlichen. Aber mit Recht bemerkt Schopenhauer, daß es keine unschädlichen Irrthümer gibt, daß jeder falsche Satz sich früher oder später rächen muß, und bei einem so fein organisirten Gebilde, wie dem Recht, kann unmöglich ein inneres Gebrechen in der Grundlehre ohne äußere Nachwirkung bleiben. Und diese Nachwirkung hat sich bereits gezeigt; der Irr-

thum hat sich bereits bitter gerächt; die konsequente Entwicklung der Savigny'schen Lehre von der Mentalreservation ist die Schliemann'sche Lehre vom Zwang.

Ist die Mentalreservation nur aus ethischen Gründen verwerflich, so muß sie konsequent überall da zugelassen werden, wo diese Gründe durch höhere Gründe aufgewogen oder aufgehoben werden; wo solche Gründe schweigen, da muß die Mentalreservation ihr Haupt erheben, denn nur diese Gründe sind es, welche die ihr eigene Lebenskraft zerstören könnten. Daß aber diese Gründe im Fall des Zwangs, des metus cessiren, ist leicht zu zeigen. Der ethische Gehalt des Verbots der Mentalreservation wäre der: Du sollst den Andern nicht täuschen. Im Fall des Zwangs ist aber die Täuschung als Gegenwehr erlaubt, sie ist die berechtigte Reaktion gegen den unberechtigten Eingriff in das Heiligthum meiner spontanen Selbstentschließung; sie ist eine reine Nothwehr, ebenso sittlich erlaubt, ja sittlich geboten, wie die Nothwehr durch Gewalt. Wer vim vi repelliren darf, der darf sie auch dolo repelliren [1]); ein solcher dolus ist lediglich ein dolus bonus: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per ejusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena, fr. 1 §. 2 de dolo malo. Es war unsittlich, wenn Galilei vor dem geistlichen Gerichte seine Ueberzeugung abschwor; sollte er aber je das berühmte e pur si muove gesprochen haben, so wird sich ob solcher innern Protestation Niemand sittlich verletzt

1) Vgl. den Nachweis bei dem Begründer der modernen Ethik, Schopenhauer, Welt als Wille und Vorstellung I §. 62 S. 401, über das Fundament der Moral §. 17 S. 221, Parerga II S. 282. Das Recht zu täuschen hat man überall „wo man das Recht hätte, Gewalt gegen Andere zu gebrauchen" und „wo völlig unbefugte Fragen an einen gerichtet werden, die dabei so beschaffen sind, daß man ebenso wohl durch Ablehnen der Beantwortung, als durch das aufrichtige Ertheilen derselben, sein Interesse gefährden würde."

fühlen; im Gegentheil, dieses Kraftwort einer bedrängten Forscherseele hat von jeher die Nachwelt gehoben und die Werthschätzung des Mannes würde sich steigern, wenn es sich erweisen ließe, daß er noch die nöthige Schwungkraft zu solchem Proteste gewahrt hätte und der geistigen Tortur nicht völlig unterlegen wäre.

Von diesem Standpunkte aus kann man der Schliemann'schen Darstellung vielleicht Uebertreibung vorwerfen, insofern er die bloße Möglichkeit der Mentalreservation genügen läßt, um die Klage aus dem erzwungenen Geschäfte zurückzuweisen, so daß der spezielle Nachweis der Mentalreservation nicht erforderlich wäre und die bloße Möglichkeit derselben ein non liquet ergäbe (S. 116. 117); obgleich man auch hier in der Bekämpfung Schliemann's zu weit gegangen ist, da im Falle des Zwangs eine oppositionelle Willensevolution sich fast von selbst aufdrängt als naturgemäße Reaktion des beleidigten Freiheitsgefühls und da „die zur Intrigue nöthige Ruhe und Kaltblütigkeit" (Brinz S. 1435) hier durchaus nicht erforderlich ist, aus dem einfachen Grunde, weil eine so naturwüchsige Reaktion, die sich bereits bei dem Kinde findet, kein Raffinement, keine Geriebenheit der Verstandesthätigkei voraussetzt.

Allein den Kern der Schliemann'schen Theorie konnte man nicht mit Erfolg angreifen. Vergebens bemühte sich Schulin (einige Anwendungsfälle der Public. in rem actio S. 25 u. flg.), darzuthun, daß eine dem Ausdruck widerstreitende Willensevolution nur da zu berücksichtigen sei, wo sie zur Wissenschaft des Mitkontrahenten gelangt; denn so sehr dies gilt, wenn die Täuschung eine Unsittlichkeit enthält, so wenig hält ein solcher Satz Stich, wenn die Täuschung nur ein berechtigter Akt der Selbsterhaltung, ein Akt der Nothwehr ist im Kampf gegen das Unrecht.

Die Position, an welcher Schliemanns Ansicht nothwen-

dig scheitern muß, liegt abseits der gemeinen Lehre, sie liegt nicht in dem von den Gegnern angerufenen Postulate der Ethik, sie liegt in ihrer eigenen Undenkbarkeit; wenn ein solcher Widerspruch in dem rechtlich erheblichen Willen unmöglich ist, wenn es ein logischer Widerstreit ist, daß der Gezwungene die Willensaktion zugleich will und zugleich nicht will, dann hat die Mentalreservation auch in der Lehre vom Zwang keine Stätte, auch in der Nothwehr kann der Gezwungene nicht nach ihr greifen, weil sie ein logisches Unding, ein reines Nichts, ein leeres Phantom ist, das keine Hülfe zu schaffen vermag.

Ist die Mentalreservation auf diesem Gebiete vernichtet, so ist sie in einer noch viel gefährlicheren Position anzugreifen. Seit Savigny behauptet man ziemlich allgemein ihre ausnahmsweise Wirksamkeit für den Fall, daß sie dem Kontraktsgegner kundgegeben worden ist; diese „zweiseitige Mentalreservation" nennt man Simulation, ebenso wie man umgekehrt die Mentalreservation als einseitige Simulation bezeichnet. Diese Auffassung ist völlig verwerflich. Die Simulation hat mit der Mentalreservation nichts gemein, sie enthält keine Disharmonie zwischen Willensaktion und Willensevolution; sie beruht vielmehr darauf, daß die Willensaktion in ihrer Totalität etwas anderes ist, als ein willkürlich herausgegriffenes Stück, als etwa das Stück, welches die Parteien Dritten kundzugeben belieben. Wer eine Verpflichtungsurkunde unterschreibt und zugleich erklärt, daß er sich nicht verpflichte und daß die Unterschrift nur zum Schein geschehe, der äußert eben keinen Verpflichtungswillen; wer die Sache tradirt und zugleich erklärt, das Ganze sei nur eine Form zur Täuschung der Gläubiger, der äußert keinen Uebereignungswillen. Das Gleiche gilt in den verwandten Fällen des Scherzes, der theatralischen und didaktischen Darstellung. Wer als Schauspieler auf den Brettern, welche die Welt bedeuten, hundert Dukaten in Gold verspricht,

der äußert gewiß keinen animus obligandi; der ganze skenische Apparat, die ganze Umgebung, die Reihenfolge von Handlungen, unter welchen das Versprechen hervortritt, gibt der Sache eine solche Beleuchtung, daß Niemand an einen Verpflichtungswillen denken kann. Wer als Lehrer des Rechts mit „spondesne centum dare? spondeo" umgeht, hat ebensowenig Hundert versprochen, als sich Hundert versprechen lassen. Nur wenn man ein Stück der Erklärung aus dem Zusammenhang losreißt, wenn man die Person des Lehrers, des Schauspielers, wenn man Coulisse und Schulbank völlig außer Augen verliert, wenn man bloße Fragmente des Willensapparats willkürlich als die Totalität der Willenserklärung hinstellt, nur dann kommt man zu einer Erklärung, welche der Willensaktion widerspricht. In That und Wahrheit besteht dieser Widerspruch nicht, er wird geschaffen durch willkürliche Scheidung und Losreißung zusammenhängender Theile des Ganzen. Der skenische Apparat ist ein ebenso wichtiges Attribut der Willenserklärung als das gesprochene Wort, der Lehrsaal ist für den Inhalt der Sponsionsworte so bedeutsam, wie der sprachliche Sinn der Worte, die mündliche Erklärung so bedeutsam, wie die Unterschrift, welche von ihr begleitet wird, und wer diese Elemente auseinanderreißt, verfährt ebenso, wie der, welcher eine Urkunde mitten entzwei trennt, oder in einer Schriftstelle das Wort „nicht" austilgt. Schwerlich hat je ein Darsteller Plautinischer Stücke, ein Hegio, ein Charmides u. s. w., beim Aussprechen der Sponsionsformel vermeint gegenüber dem Kompagnon, dem Mitglied der „grex", welches den Stipulanten spielte, einen Verpflichtungswillen auszusprechen; schwerlich hat je ein Darsteller des Antonio im Kaufmann von Venedig, wenn er ein Pfund Fleisch aus seinem Leibe versprach, für seine Haut gefürchtet, schwerlich je ein Schüler Vangerow's, wenn dieser sein „aedes meas do lego" vom Katheder herunterrief, ver-

meint, daß es sich um das Vangerow'sche Haus in Heidelberg handle.

Also es ist nicht so, als ob in der That ein Widerspruch zwischen Wille und Erklärung vorläge, welcher Widerspruch hier deßhalb ausnahmsweise Beachtung fände, weil er dem Mitkontrahenten gegenüber zu Tage tritt; vielmehr liegt ein solcher Widerspruch überall nicht vor, es ist überhaupt keine rechtsschöpferische Willenserklärung geäußert worden, mindestens keine in der Richtung, wie sie erscheint, wenn aus dem Komplexe der Erklärung willkürlich ein Atom herausgegriffen wird.

Man hat die Behauptung aufgestellt und mit vieler Gelehrsamkeit zu begründen versucht, daß im frühern römischen Rechte der rigor so übermächtig war, daß, falls nur immer die solenne Rechtsform von einer willensfähigen Person vollzogen war, die dem Ritus entsprechende Wirkung eintrat, selbst wenn der entgegengesetzte Wille genügend zum Ausdruck gekommen war; die Vollziehung des Ritus hätte hiernach die Rechtswirkung in einer beinahe mystischen Weise vollbracht, ohne daß die unfeierlichen Worte und Zeichen, welche das Gegentheil des Geschäftswillens bekundeten und welche untrennbar mit dem Ritus verbunden waren, irgend wie in Betracht gekommen wären. Ich kann nicht glauben, daß jemals ein solches System herrschte; möglich, ja wahrscheinlich ist es, daß bei Geschäften mit einer bestimmten Publizität nur die publik gewordene Willensaktion beachtet wurde; eine Erscheinung, die auch heutzutage wiederkehrt und auf dem Interesse des Verkehrs beruht, der durch Verheimlichung eines Theils der Erklärung gefährdet würde; daß aber, wenn, ebenso publik, wie der Ritus, auch die dem Ritus widerstrebende Willensrichtung geäußert ist, diese letztere ignorirt wurde; diese Meinung kann wohl nur auf einer Verwechslung des Publiken mit dem Solennen beruhen. Das Gebot der Solennität kann sich doch nur auf das erstrecken, was ad-

stringendae obligationis est, was den Geschäftswillen offenbaren, verkörpern soll; daß auch das Gegentheil des Geschäftswillens, daß Scherz, Schauspiel und Unterricht in eine Rechtsform gegossen werden sollen, daß sie unbeachtet bleiben, wenn sie nicht gleichfalls in ritueller, feierlich accentuirter Weise zu Tage treten, das wäre ein Beginnen, mit welchem das Recht über seine eigene Sphäre hinausginge. Ein solches System führt nothwendig zu Konsequenzen, welche seine volle Unhaltbarkeit darlegen. Entweder mußte auf der Bühne jede Illusion preisgegeben werden, oder wehe den Darstellern eines Ballio, Hegio, Lesbonicus, Charmides, oder wie sie alle heißen, die in der Plautinischen Komödie eine Stipulation abschließen; ein solcher mußte sofort seine Börse bereit halten für den glücklichen Kompagnon, dem die Rolle des Stipulanten zugefallen war. Daß dem nicht so war, beweist der Umstand, daß die Plautinische Komödie überhaupt gespielt wurde. Und auch der Vater der römischen Erudition, Varro, Lingua lat. v. Spondere §. 72 (Ed. Müller p. 101. 102) sagt von dem altfeierlichen Akte der Sponsion gerade das Gegentheil:

> ut non spondet ille, statim qui dixit „spondeo“, si jocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque quoi quis dicit in tragoedia: „Meministine te despondere mihi gnatam tuam?“ quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu —

ohne jede Andeutung, daß es auch einmal anders gewesen sei.

Für das Gegentheil hat sich Voigt das jus naturale III S. 61 f. auf Plautus selbst, auf Seneka und Sueton berufen, aber keiner dieser Gewährsmänner hält bei näherer Betrachtung Stich. Zunächst soll im Pseudulus eine scherzweise Stipulation als giltig und bindend behandelt sein. Im Beginn des fünften Aktes (der Fleckeisen'schen Ausgabe) finden wir die köstliche Scene wie der betrogene Betrüger, der Kuppler Ballio, unwissend, daß er bereits betrogen ist, dem Simo triumphirend erzählt,

daß die Phoenicium nunmehr geborgen und den Anschlägen des schlauen Pseudulus entrückt sei. In seiner Siegesgewißheit provozirt er eine Wette, wie folgt:

Roga me viginti minas (v. 1070).
Ille (scil. Pseud.) hodie si illa sit potitus muliere
Sive eam tuo hodie gnato, ut promissit, dabit,
Roga opsecro hercle: gestio promittere.
Atque etiam habeto mulierem dono tibi:
Omnibus modis tibi esse rem ut salvam scias.
Simo. Nullum periclumst, quod sciam, stipularier,
Ut concepisti verba: Viginti minas Dabin?
Ballio. Dabuntur.

Jeder, welcher die Situation unbefangen betrachtet, sieht, daß die Wette ganz im Ernst gemeint ist, daß der Promittent die Wettsumme mit voller Geschäftsabsicht zusagte, eben nur in der Meinung, daß ein Fehlschlagen der Wette unmöglich sei; es ist eine Wette, wie sehr viele, wo der Wettende in voller Siegesgewißheit den höchsten Einsatz nicht scheut. Die Meinung, daß die Erfüllung der Bedingung eine unmögliche sei, daß der Verfall der Summe außerhalb des Bereiches der möglichen Eventualitäten liege, beeinträchtigt doch in keiner Weise den Willen, eine wahre und echte Wette einzugehen, da ja im Gegentheil die meisten Wetten in der sichern Meinung eingegangen werden, daß man Recht habe und nicht in die Lage komme, die Wette zu verlieren. Der Kaufmann von Venedig hat nicht minder sein Pfund Fleisch versprochen, wenn er auch sicher glaubte, daß ihm bei Verfall des Geldes der zehnfache Betrag zur Verfügung stehe; das charakteristische Wesen der Wette liegt ja gerade in der Reibung des seine Schranken und seine Irrthumsmöglichkeit übersehenden Menschengeistes mit den Erscheinungen der objektiven Welt.

Nachdem die Katastrophe eingetreten und die Wette verlo-

ren ist, murmelt der Kuppler allerdings kleinlaut etwas von scherzweisem Versprechen — doch er zahlt, denn es ist zu offensichtlich, daß er mit seinem Geflunker von Scherz und Schein verlacht würde:

Harpax. Hercle hau te sinam moriri nisi mi argentum redditur (v. 1222)
Viginti minae. Simo. Atque etiam mihi aliae viginti minae.
Ballio. Auferetur, quod promissi per jocum a me praemium?
Simo. De improbis viris auferri praemium et praedam decet.

Daß ihm hier Simo nicht mit juristischen Ausführungen über den ernsthaften Charakter des Geschäfts aufwartet, sondern mit dem Hinweis auf seine Schlechtigkeit und Verächtlichkeit, ist dem Ton des Stückes völlig angemessen und entspricht der dramatischen Gerechtigkeit, welche den Schurken in sein eigenes Netz verwickelt. Hieraus schließen, daß Simo den Scheincharakter der Promission anerkannt habe, heißt doch gewiß, das feinsinnige Lustspiel ohne das nöthige dramatische Verständniß behandeln.

So wie hier, wird die Sache auch im Kommentar von Petrus Romeijn (zu Pseudulus 1836 p. 168) aufgefaßt. Derselbe verweist auf fr. 3 §. 2 de O. et A.: nec enim si per jocum puta vel demonstrandi (intellectus) causa ego tibi dixero „spondes?“ et tu responderis „spondeo“, nascetur obligatio, und fährt dann fort: Nihilominus jure valet Simonis stipulatio, quoniam lenoni promittenti animum contrahendi fuisse manifestum est.

Nicht besser steht es mit den Stellen aus Seneka und Sueton. Wenn einst Albucius[1]) in seiner Rede „Zauberfluß“

1) Diese Geschichte wird erzählt bei Suetonius de rhetor. 6 und bei Seneca contr. VII. praef. 6 fg.

vor dem Centumviralgerichte sich zur rhetorischen Floskel verstieg: Jura per patris cineres, qui inconditi sunt und wenn ihn der Gegentheil sofort beim Wort ergriff und den Eid in dieser Form acceptirte, wenn dann die vielbeschäftigten centumviri, qui rebus jam ultimis properabant, seines Protestes ungeachtet auf den Eid erkannten, so ist das nicht wunderbarer als ähnliche Erscheinungen, die noch heute bei unsern Gerichten vorkommen; denn die Gerichte sind nicht zum Anhören rhetorischer Phrasen, sondern zum Verbescheiden von Anträgen bestimmt und mehr als einmal wird auch bei uns ein vielbeschäftigter Gerichtshof einen unliebsamen Phrasenmacher beim Worte packen.

Viel Gewicht legt man endlich[1]) auf eine Stelle von Sueton de rhetoric. 1. Bekanntlich spielten unter den rhetorischen Uebungen neben den Deklamationsthematen die controversiae eine hervorragende Rolle; es waren „Streitfälle, in denen die Schüler wie Ankläger und Vertheidiger oder wie Advokaten für die eine oder für die andere Partei auftraten" (Friedländer, Darstellungen aus der Sittengeschichte Rom's III S. 287); früher wählte man einfachere, meist historische Begebenheiten; später kamen schärfer accentuirte, geschraubte und auf's Höchste gesteigerte Situationen an die Reihe. Von solchen einfachen Fällen erwähnt Sueton zwei (Ed. Roth p. 269):

Aestivo tempore adolescentes urbani cum Ostium venissent, litus ingressi, piscatores trahentes rete adierunt et pepigerunt, bolum quanti emerent; nummos solverunt; diu expectaverunt, dum retia extraherentur; aliquando extractis, piscis nullus affuit, sed sporta auri obsuta. Tum emptores bolum suum aiunt, piscatores suum — ein Fall, der lebhaft an eine ähnliche Erzählung Plutarch's erinnert und

1) Vgl. auch Schloßmann, Lehre vom Zwang S. 42 No. 59.

juristisch lediglich eine Frage der Willensauslegung darstellt. Sodann: Venalici cum Brundusi gregem venalium e navi educerent, formoso et pretioso puero, quod portitores verebantur, bullam et praetextam togam imposuerunt; facile fallaciam celarunt. Romam venitur, res cognita est, petitur puer, quod domini voluntate fuerit liber, in libertatem. Offenbar war aber der puer nicht domini voluntate liber, vielmehr waren die Akte, welche man als unfeierliche Freilassung hätte ansehen können, lediglich ein Mittel der Zolldefraude. Voigt aber (III S. 63) will aus der Stelle entnehmen, daß man ehemals in dieser Manipulation eine unfeierliche Freilassung erblickt, also in das Gebahren der Schmuggler eine manumissio inter amicos hineingedeutet habe. Dies sagt aber Sueton nicht und es ist dies bei einem formlosen Geschäfte, wie bei der unfeierlichen Freilassung, bei welcher auf den spontanen Willen des dominus ein ausnehmliches Gewicht gelegt wurde, geradezu unmöglich [1]). Dagegen begreift es sich leicht, wie derartige Sujets den Jüngern der Rhetorik die beste Gelegenheit zur Entfaltung einer prunkenden Eloquenz und zur Entwicklung geistreicher, scheinbarer, aber schwachfüßiger Argumente bieten mußten. Aus solchen Schulthematen juristische Schlüsse zu ziehen, halte ich für ebenso verkehrt, als wenn man die Aufsatzthemate unserer Schulen für die Jurisprudenz unserer Tage verwerthen wollte. Da findet sich irgendwo die These: Hat Tell in Nothwehr gehandelt, als er den Geßler erschoß? Stracks würde man hieraus schließen, daß in unsern Tagen der Begriff der Nothwehr noch im Urzustande steckt und noch nicht zur festen juristischen Gestaltung gediehen ist.

Nicht direkt, aber indirekt hat bei der Frage eine große Rolle gespielt das fr. 19 de usu et usufructu:

Si alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi te-

1) Vgl. auch Czyhlarz in diesem Jahrb. XIII. S. 39 fg.

stator legaverit: si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur; nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: Titio fundum detracto usufructu lego: (vel) Sejo ejusdem fundi usumfructum heres dato". Quod nisi fecerit, usufructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura quam peractum (quod actum) sit.

Ziemlich allgemein erblickt man in dieser Stelle Modestin's einen Ueberrest des altrömischen Formalismus, welcher die Hülse über den Inhalt stellte, ein Ueberrest, der sich bis auf den letzten großen Vertreter der klassischen Jurisprudenz verirrt habe. Ich halte diese Auffassung für völlig verfehlt; nicht Wort und Wille stehn hier im Gegensatz, sondern das gewollte Rechtsinstitut und der gewollte Erfolg; nicht die Gesetze der Sprache sind es, welche der Erblasser fehlerhaft anwendet, sondern die innern Gesetze des rechtlichen Institutes sind es, in welchen er fehlt. Er will dem Einen Eigenthum, dem Andern Usufrukt legiren, glaubt aber, daß die Kollision beider Legate den Erfolg habe, daß der Usufrukt, soweit er reicht, das Eigenthum konsumirt. Dies ist nun allerdings ein Irrthum, aber ein Irrthum über die rechtlichen Konsequenzen der geschaffenen Rechtsinstitute; ein solcher Irrthum ist eben so unerheblich als das einfache Nichtwissen dieser Konsequenzen; an diese Konsequenzen braucht der Erblasser nicht zu denken, sie vollziehen sich mit Naturnothwendigkeit, nicht vi voluntatis, sondern vi legis. Der rechtliche Wille hat sich nur zu erstrecken bis auf das Rechtsinstitut, die Folgen desselben, insbesondere die Erscheinungen, welche es im Zusammentreffen mit andern Rechtsinstituten darbietet, treten ein mit dem Unbewußten eines Naturphänomens. Die wenigsten Erblasser werden etwas verstehen von den feinen Kontroversen über die Accrescenz der Usufruktuslegate und dennoch treten die gesetzlichen Rechtsfolgen ein;

sie treten selbst dann ein, wenn sich der Testator hierüber positiv geirrt, sich vielleicht schriftstellerisch zur falschen Ansicht bekannt hätte.

Somit ist der Ausspruch Modestin's in voller Harmonie mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und es wäre nur noch zu prüfen, wie sich unsere Jurisprudenz zu diesem Ausspruch zu stellen hat. Wenn man etwas in zwei Sprachen ausdrückt, so gilt mehr als sonst der Satz: Si duo faciunt idem, non est idem. Wer in der deutschen Sprache dem Einen das Eigenthum, dem Andern den Usufrukt legirt, der thut nicht dasselbe, wie der Lateiner, welcher dem Einen den fundus, dem Andern den usus fructus fundi hinterläßt; denn fundum lego bedeutet: ich legire volles Eigenthum und das Eigenthum ist dem Römer ein Komplex von Rechten, dem weder etwas beigefügt, noch etwas abgezogen werden kann [1]); während der deutsche Ausdruck Eigenthum viel elastischer, viel flüssiger und unjuristischer ist und nicht nur volles Eigenthum, sondern auch nacktes Eigenthum bezeichnen kann, allerdings unlogisch genug, da ja in diesem Fall das Eigenthum selbst nicht gemindert, sondern bloß durch Konkurrenz in seiner Ausübung behindert ist. Der Scheinbegriff „nacktes Eigenthum" wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn über den Genuß in anderer Weise verfügt ist. In der deutschen Sprache läge daher die Frage ganz anders, als in der römischen, es stünde nicht volles Eigenthum und Usufrukt, sondern nacktes Eigenthum und Usufrukt einander gegenüber, das Eigenthums- und das Usufruktuslegat würden nicht in einander eingreifen, nicht mit einander konkurriren und es könnten daher auch nicht die von dem Willen des Erblassers unabhängigen Regeln der Konkurrenz zur Geltung kommen;

---

1) Treffend bemerkt Schulin, Ueber Resolutivbedingungen S. 92: „sowenig ein Kreis noch Kreis ist, wenn ein Stück herausgeschnitten ist, so wenig ist Eigenthum noch Eigenthum, wenn der Inhalt einer Servitut fehlt".

der Satz: plus valet scriptura quam quod actum est fände hier keine Verwendung. Wir müssen andere Fälle aufsuchen, welche uns Belege zu dem Modestin'schen Satze darbieten, und da treten uns denn solche noch heute tagtäglich entgegen. Wer heirathet und die gesetzlichen Güterfolgen nicht kennt, wer verkauft und nicht weiß, daß er für Eviktion und heimliche Mängel einstehen muß, wer einen Wechsel unterschreibt und von den Eigenthümlichkeiten der Wechselprozeduren nichts versteht, wer die Erbschaft antritt, ohne zu wissen, daß er ultra vires haftet, wer den Usufrukt übernimmt, ohne die Usufruktuslasten zu kennen, der bewegt sich in einem Irrthum, welcher die gesetzlichen Folgen seiner Handlung nicht ausschließt. Um derartige Folgen zu vermeiden, muß er sich erklären und muß er sich in der gesetzlichen Form und unter den gesetzlichen Bedingungen erklären; es genügt nicht, wenn er auch den bündigsten Nachweis liefert, daß er sich geirrt und daher diese Folgen nicht gewollt habe. Das, was gesprochen und geschrieben ist, wirkt in seinen Rechtsfolgen oft über die Absicht des Konstituenten hinaus, das ist ein Satz, der heute noch hundertfach zur Anwendung kommt und heute noch so wahr ist, wie zur Zeit Modestin's.

Die ganze Lehre, daß im ehemaligen Rechte der Ritus seine Wirkung hatte, in welcher Umgebung und mit welcher begleitenden Handlung er auch vollzogen wurde, muß m. E. auch scheitern an den Geschäften dicis gratia, an den zu förmlichen Rechtsfiguren erstarkten Simulationsgeschäften, die bestimmungsgemäß die rituellen Folgen gar nicht, oder doch nur zum Theil herbeiführen sollten. Allerdings unterscheiden sich diese Geschäfte von den simulirten durch die gewohnheitsrechtliche Billigung und Fixirung; allein eine solche gewohnheitsrechtliche Anerkennung wäre nun und nimmermehr erfolgt, wenn nicht zuvor oft und vielfach eine solche simulationsweise Verwendung des Ritus statt-

gefunden hätte. Die Scheingeschäfte sind wohl nur zum geringsten Theile spontane Gebilde der Jurisprudenz gewesen, sie wurden zum größten Theil nicht im Studirzimmer ausgedacht, sondern von Markt und Straße genommen, mit aus der Verkehrsübung herausgeholt; die Jurisprudenz hatte wohl lange Jahre den Regulator des Verkehrs gebildet, bis sie die reife Frucht brach und die Verkehrsübung zur ständigen Rechtsfigur erhob, gerade wie die Kautelarjurisprudenz der wissenschaftlichen Bearbeitung des Rechtes stets vorangeht. Diese Genesis des Scheingeschäfts wird von unsern bedeutendsten Meistern anerkannt. Ihering, Geist des röm. Rechts §. 46 sagt: „Historisch mag es aus dem simulirten Geschäft hervorgegangen, öfters das Scheingeschäft der gewohnheitsmäßige Niederschlag von zur Regel gewordenen und von der Rechtsprechung geduldeten simulirten Geschäften sein." §. 58: „Als zuerst eine Frau auf die Idee kam, eine Scheinehe einzugehen, um einen der Zwecke zu erzielen, zu denen die coemptio fiduciae causa diente, war dies ein simulirtes Geschäft; als die Einschlagung dieses Weges allgemein geworden und gewohnheitsmäßige Sanktion erhalten hatte, war es ein Scheingeschäft." Ebenso bemerkt Bechmann, der Kauf nach gemeinem Recht S. 169: „daß es" (sc. das simulirte Geschäft) „zu den Scheingeschäften — — in keinem absoluten Gegensatze steht, sondern daß hier geschichtliche Uebergänge stattfinden können, ist unzweifelhaft. Das abstrakte Scheingeschäft kann als solches fertig aus den Händen der Jurisprudenz hervorgehen. — — Es ist aber ebensowohl möglich, daß das abstrakte Scheingeschäft nichts anderes ist, als die rechtliche Anerkennung und Objektivirung der bisher in Uebung gewesenen subjektiven Scheingeschäfte; und diese Entwicklung halte ich — — bei der Manzipation für die wahrscheinlichere." Sind nun aber mehrere solcher Scheingeschäfte, z. B. die Emanzipation erwiesenermaßen von hohem Alter und insbesondere älter

als Plautus, so müßte man die Zeit des ausschließlichen Formregimes und der Unwirksamkeit der Simulation noch weit über das Plautinische Zeitalter zurückverlegen.

Zur vollen Aufklärung des historischen Prozesses wird es dienen, wenn ich ein Beispiel aus meinem heimischen (französisch-badischen) Rechte vorführe.

Bekanntlich bestimmt das französische Civilgesetzbuch, daß jedes zu einer Vermögensleistung verpflichtende Urtheil ein allgemeines, gegenwärtige und künftige Liegenschaften umfassendes Pfandrecht gewährt; vgl. z. B. Puchelt, das rheinisch-französische Hypothekenrecht I S. 117. Dieses Unterpfand hat vor dem vertragsmäßigen den Vorzug reichern Umfanges, es erstreckt sich insbesondere auch auf die künftigen Liegenschaften, und größerer Leichtigkeit, insbesondere weil das Prinzip der Spezialität mit viel geringerer Strenge durchgeführt ist u. s. w., daher die Parteien oftmals ein Urtheil gerade nur zu dem Zwecke veranlassen, um ein richterliches Pfandrecht zu erzeugen. Der Gläubiger klagt gegen den Schuldner, erwirkt auf dessen Ausbleiben Versäumungserkenntniß und Urtheil und läßt dieses in das Unterpfandsbuch eintragen. Hier sind beide Theile darin einverstanden, daß das Urtheil bis nach Ablauf der vertragsmäßigen Zahlungsfrist nicht exequirt werden darf, sondern lediglich zur Erzeugung eines Pfandrechts dienen soll; sie beabsichtigen daher, ein Urtheil herbeizuführen, aber ohne die das Urtheil vor allem charakterisirende Eigenschaft der Vollstreckbarkeit.

Die Verwandtschaft dieses Falles mit den römischen Scheingeschäften ist sofort ersichtlich; hier wie dort ist eine bestimmte Wirkung an den Vollzug eines Ritual's geknüpft, das Ritual aber in seiner ursprünglichen Tendenz auf einen viel umfangreichern Kreis von Rechtswirkungen angelegt. Die Parteien aber wollen nur jene eine Rechtsfolge erzielen und im Uebrigen das Ritual seiner Rechtsfolgen entkleiden. Wenn der römische

Hausvater sein Kind emancipationis gratia in's Mancipium gab, so lag ihm die Absicht fern, das Kind in das Abhängigkeitsverhältniß zu bringen, welches das Mancipium kennzeichnete. Die tres mancipationes sollten nur den Nexus der väterlichen Gewalt, welcher den Sohn umschlungen hält, durch künstliche Entfremdung lösen und die zivilrechtlichen Bande brechen; die Mancipation war daher nur in ihrer negativen, zerstörenden Funktion beabsichtigt und diese Absicht gab sich durch den Akt selbst in formloser, aber nicht mißzuverstehender Weise kund. Ganz ähnlich verhielt es sich mit dem Weib, welches durch coemptio fiduciae causa die Fessel des Agnatenbandes abschütteln oder die ihr lästigen sacra auf das gebrechliche Haupt eines senex coemptionalis legen wollte. Noch eklatanter ist die Sache beim Mancipationstestament. Denn ernstlich war hier die Mancipation nur, solange der familiae emptor heredis locum optinebat (Gajus II 103. 105); als dieser zum bloßen Figuranten herabsank, war die Hingabe der familia pecuniaque in dessen mandatela tutela custodelaque eine fable convenue, das ganze Ritual des Geschäfts per aes et libram nur der nöthige Unterbau, um die nuncupatio testamenti zu tragen.

Ein weiteres noch wenig benutztes Beispiel bietet das von Salpius, Novation und Delegation S. 150. 151, besprochene fr. 91 de solut. Ich kann die Novation vornehmen lediglich ihrer tilgenden Kraft willen; dann ist der zweite Schuldner von Haus aus nicht wirksam verpflichtet, es entsteht zwar eine obligatio civilis, aber auch nur eine obligatio mere civilis, eine leere Hülse, denn sie wird ertödtet durch die exceptio doli: nam et petentem te doli mali praescriptio excludet.

Warum aber wirkt die erklärte Parteiabsicht hier nur indirekt, mittelst exceptio doli, während sonst die Scheinnatur des Geschäftes ipso jure zur Geltung kommt und der Effekt des Geschäfts ipso jure auf das von den Parteien erstrebte Maß

von Wirkungen beschränkt bleibt? Der Grund liegt darin, daß nach der rezipirten Ansicht die Novation unfähig war, den nackten Liberationswillen zu vollziehen, da die Novation nur dann negativ wirkte, wenn sie auch positiv wirkte, nur durch Neuschöpfung zerstörte. Dies war mindestens der Standpunkt der Jurisprudenz nach der Verwerfung der Auffassung des Servius Sulpicius und die Ausnahmsfälle bei Gajus III 176 sind wohl nur ausnahmsweise Ueberreste veralteter Doktrin. Salpius a. a. O. S. 148 fg.

Daher konnte die Absicht der Parteien nicht durch zivilistische Nichtigkeit, sondern nur durch Leerheit und Erfolglosigkeit der an sich gültigen Novationsstipulation erreicht werden; die zivile Obligation bildete das Vehikel zur Erzeugung des Liberationseffekts, um nach dieser Leistung als wesenloser Schemen zu vegetiren. Der Fall zeigt, wie die Parteien oftmals mit dem Formalismus des Geschäftes ringen müssen, um ihn unter ihren Willen zu beugen; zugleich bietet er einen Anhalt zur Lösung der oben offen gelassenen Frage aus dem französisch-badischen Rechte.

Urtheile mit beschränkter, nach der Willkür der Parteien bemessener Wirkung gibt es nicht; die Parteien haben nur das Material des Urtheils zu bieten, auf Grund dieses Materials erfolgt das Urtheil nach bestimmten, festen Normen des Prozeßrechtes. Es steht den Parteien nicht zu, ein Urtheil außerhalb der Gesetze des Prozeßverfahrens zu begehren. Sogar das Schenkungsverbot unter Ehegatten, welches sonst alle einschlägigen Liberalitätsakte direkt vernichtet, findet an der Natur des Urtheils einen Widerstand, welcher nur auf einem Umwege gebrochen werden kann, valebit quidem sententia, sed condicetur ei, cui donatum est, fr. 5 §. 7 de don. i. v. et ux. Mithin kann auch die Simulation nur indirekt wirken. Eine solche Wirkung ist allerdings möglich; es ist möglich, den Gläubiger schon zum Voraus zu verpflichten, daß er ein künftiges

Urtheil nur in beschränktem Maße, in bestimmt begränztem Umfange zur Geltung bringe, es ist ein Gegenrecht des Schuldners möglich, kraft dessen er das Urtheil in jeder anderen Richtung lahmlegt. Folglich wird in unserm Falle die Parteivereinbarung eine exceptio doli des Schuldners gegen eine vorzeitige actio judicati oder einen vorzeitigen Exekutionsantrag erzeugen; nach Ablauf der Frist, welche dem Schuldner verabredetermaßen zur Zahlung gewährt ist, könnte der Gläubiger unbehindert auch die sonstigen Funktionen des Urtheils zur Geltung bringen, die exceptio doli wäre erloschen. Nebenbei bemerkt, beweist dieser Fall unter vielen andern, wie wenig die Rechtsfigur der exceptio im modernen Rechte zu entbehren ist.

§. 2.

Besonders interessante Seiten bietet die Simulation bei Geschäften mit einer Mehrheit von rechtlichen Beziehungen dar. Hier kann die Willensaktion dem Einen gegenüber den vollen Komplex der Willenserscheinungen darlegen, während dem Andern nur einzelne Züge, einzelne Atome des Willensoperats zukommen. Eine scheinbar einheitliche Aeußerung kann daher juristisch eine Reihe verschiedener Aeußerungen in sich enthalten, je nachdem sie dem Einen ihr Ganzes, dem Andern nur die eine oder die andere Seite darbietet; sie gleicht dem Licht, das sich durch Brechung in eine Reihe verschiedener Farben zerlegt.

Die Geschäfte mit einer Pluralität von rechtlichen Beziehungen zu erschöpfen, ist nicht unsere Aufgabe; dagegen sollen einige besonders bedeutsame Spezies auf unsere Lehre geprüft und ihre Gestaltung unter dem Einfluß der Simulation beobachtet werden. Ich theile diese Geschäfte in zwei Klassen ein, in solche, welche sich in eine Mehrheit unabhängiger Rechtsverhältnisse auflösen, und in Geschäfte mit einheitlich in sich abgeschlossener Wirkung, welche Wirkung aber wieder in mehrere Rechtsver-

hältnisse eingreift. Während im ersten Falle sich die Erklärung den verschiedenen Interessenten gegenüber in ihre Theile zerlegen kann, ist im zweiten Falle nothwendig nur Eine Erklärung die ausschlaggebende und es kann sich nur darum handeln, ob dies die dem Einen kundgegebene totale oder die dem Andern mitgetheilte partielle ist.

Ich beginne mit der Mehrheit unabhängiger Rechtsfolgen; in erster Reihe stehen die einseitigen Rechtsakte, welche kumulativ oder successive eine Reihe von Rechtserzeugnissen schaffen, also insbesondere der Kreationsakt bei Inhaber- und Ordrepapieren, wie er uns durch die geistvollen Ausführungen Kuntze's und die klassische Darstellung Siegel's klargelegt worden ist. Der Aussteller eines Inhaberpapiers verpflichtet sich zu Gunsten eines jeden Inhabers, der Aussteller eines Ordrepapieres zu Gunsten eines jeden durch Giro legitimirten Inhabers; jeder Neuerwerb spannt daher ein neues rechtliches Band zwischen Aussteller und Inhaber, mit jedem Erwerb quillt gleichsam ein neuer Strahl hervor aus dem Urquell des Kreationsaktes. Kein Inhaber, kein Giratar hat, um sein Verhältniß zum Aussteller aufzuwickeln, durch die Gradation der Vormänner zurückzusteigen; ob das vorhergehende Giro gefälscht, von unfähiger Hand gezeichnet ist, ob die Reihenfolge der Vormänner irgend welche äußerlich nicht erkennbare Störungen und Revolutionen erlitt, — der Inhaber oder Giratar trägt die Signatur, das charakteristische Merkzeichen der Gläubigerschaft an sich und ist daher Gläubiger, mag er zum Papier gelangt sein, wie er will. Bei dieser vielseitigen Brechung des Kreationsaktes ist es leicht möglich, daß die Skriptur dem Einen in ihrer vollen Nacktheit entgegentritt, während sie dem Andern sich kundgab, begleitet mit Worten und Handlungen, welche ihr den Nimbus des animus obligandi völlig abstreifen.

Wer einen Wechsel scherzweise acceptirt, der erklärt gegen-

über dem anwesenden, in den Scherz eingeweihten Nehmer keinen Obligationswillen, wohl aber erklärt er einen solchen gegenüber der unabsehbaren Reihe von Nachmännern, für welche nur das Papier, nicht auch das im Moment verhallte Wort, die momentan verschwundene Geste existirt. Mit Recht bemerkt Kuntze, der Altmeister unserer Lehre, Inhaberpapiere S. 289. 290, daß, was nicht im Papier markirt ist, nicht zum Bestand der Obligation gehören kann. — — „Wenn — — etwa zwischen Aussteller und Nehmer mündliche Verabredungen hinzugefügt oder weitere Nebenpunkte brieflich vereinbart werden, so sind diese für das Inhaberpapier ohne alle Maßgebung; die Obligation daraus wird durch sie nicht alterirt; auf die unmittelbare Wirkung, den Lauf und die Geltendmachung des Inhaberpapiers haben solche externe Momente keinen Einfluß." Ebenso besagt das Reichsoberhandelsgericht (Urth. v. 23. Januar 1872, Entscheid. V S. 36. 37), „daß im Verhältniß zu dritten Personen die Beredung, das in der reinen Form ausgestellte Indossament solle nur als Prokura-Indossament gelten, keine Bedeutung hat, der Indossatar vielmehr Dritten gegenüber, die Beredung mag gegangen sein, wohin sie wolle, als berechtigter Wechselgläubiger erscheint. — — Die Verabredung, daß das Indossament nur die Wirkung eines Prokura-Indossaments haben solle, hat nur nach Innen, bloß im Verhältniß der Kontrahenten unter sich Rechtswirkung. Bei Festhaltung dieser Ansicht ergibt sich, daß die Einrede des Verklagten, das den Kläger legitimirende, in der Form des reinen Indossaments gegebene Indossament sei in der That nur ein Prokura-Indossament, für sich allein keine Berücksichtigung verdient."

Soweit die Kreation eines dare oportere; daneben tritt eine andere Art einseitiger Rechtsschöpfungen von eminenter Tragweite; nämlich die Akte, durch welche ich einem Dritten meine Rechtssphäre öffne, ihm den Eintritt in das sonst streng ver-

wahrte Gebiet meines Vermögenskreises gestatte, jussus und Vollmacht.

Die Funktion des jussus [1]) liegt wesentlich auf der wirthschaftlichen Seite des Geschäfts; wer auf Grund eines jussus an den Dritten leistet, der leistet zwar juristisch an den Dritten, dieser wird Eigenthümer, Gläubiger u. s. w.; wirthschaftlich aber wird die Leistung als eine solche zu Gunsten des Jubenten angesehen, er ist der Beschenkte, der Darlehns-, Zahlungsempfänger, ihm ist conditionis implendae causa geleistet u. s. w. Der wirthschaftliche Schwerpunkt der Leistung liegt in seinem Vermögen, obgleich der juristische Erfolg in dem des Delegatars eintritt; diesem ist daher gleichsam der Schlüssel zum Vermögen des Deleganten ausgeantwortet; indem er annimmt, greift er in dessen Kasse. Daß der jussus eine sehr alte Institution ist, erfahren wir aus des altehrwürdigen Cato lib. de re rust., in welchem sich bereits die Formel findet: Recte haec dari fierique satisque dari domino aut cui jusserit, promittito satisque dato arbitratu domini (c. 146); und in den Quellen findet er sich zur Vermittlung der mannigfaltigsten wirthschaftlichen Operationen; so bei der Zahlung: Quod jussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset, fr. 180 de reg. jur., fr. 38 §. 1, fr. 49, fr. 64 de solut., weßhalb auch die indebiti condictio gegen den Jubenten zu richten ist, fr. 12, fr. 13 de nov., vgl. fr. 4 §. 20 de dol. m. exc., fr. 66 de solut., Erxleben, condict. indebit. S. 157 fg., Windscheid, Pand. §. 424 No. 5 fg., und diesem der etwaige Eviktionsanspruch zusteht, fr. 61 de evict.; so beim Darlehen, fr. 5 pr. quod jussu: Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus jusserit servo filiove numerari, nulla quae-

1) Vgl. das epochemachende Werk von Salpius, Novation und Delegation S. 48 fg., Mandry, Familiengüterrecht II S. 554 fg. und die daselbst, insbesondere S. 559 No. 7 zitirten.

stio est, quin ipsi condici possit, bei der Restitution des Universalfideikommisses fr. 67 (65) §. 4 ad SC. Trebell., bei der Dotirung, fr. 19, fr. 59 pr. de jure dot., bei der Schenkung, fr. 12 si quid in fraud. patr., fr. 9 pr. de cond. c. d. c. n. sec. u. s. w.

Diese Entzweiung des juristischen und wirthschaftlichen Elementes findet sich nicht mehr bei der Vollmacht; nur daß hier beide Elemente verschoben sind; denn die Leistung wird nach ihrer wirthschaftlichen, wie nach ihrer juristischen Wirkung auf das Vermögen des Vollmachtgebers bezogen, der Bevollmächtigte hat daher das fremde Vermögen nicht nur indirekt, sondern direkt in Händen; ihm ist der volle Eintritt in den fremden Vermögenskreis gestattet, er schafft und wirthschaftet mit fremdem Gute [1]); empfängt er Zahlung, so wird der Vollmachtgeber nicht nur Zahlungsempfänger, sondern auch Eigenthümer des Zahlungsobjekts; das Versprechen, welches jener sich abgeben läßt, gilt nicht nur als Leistung an den dominus, sondern dieser wird auch der alleinige Forderungsberechtigte; spezifizirt er für den dominus, so wird dieser Eigenthümer u. s. f.

Die Vertretung durch den Bevollmächtigten ist eine juristische und wirthschaftliche zugleich; Zweifel könnte man an dem letzteren hegen; denn wenn der Mandatar in seinem Namen gekauft hat und sich domini nomine tradiren läßt [2]), so scheint es, als ob die Leistung zwar in ihren juristischen Folgen dem dominus, wirthschaftlich aber dem Mandatar zu gute kommt, da die actio emti ihm und nur ihm zusteht. Allein dies ist lediglich Schein; denn hier liegt ein jussus des Mandatars in der Mitte. Der Mandatar erklärt nämlich zuvörderst dem Verkäufer, eine Leistung an den dominus wolle er wie eine Leistung

1) Vgl. auch Zimmermann, die stellvertretende Negot. gestio S. 78 fg., Mandry a. a. O. S. 572.

2) Vgl. fr. 1 §. 20 de poss., fr. 13 pr. de acq. rer. dom., Ihering in diesem Jahrb. I S. 324 fg.

an sich selbst ansehen; sodann leistet der Verkäufer an den dominus, indem er an den Mandatar leistet, der diesen wirthschaftlich und juristisch vertritt. In diese zwei Operationen muß das Geschäft juristisch auseinandergelegt werden.

Soviel zur Orientirung auf diesem Terrain; es wird hinreichen, um unsere Forschung über die Simulation fortsetzen zu können.

Jussus und Vollmacht können ebensogut gegenüber der einen, als gegenüber der andern am Geschäft betheiligten Person geäußert werden; denn sie sind insofern untheilbar, als nicht derselbe jussus gegenüber dem Delegatar bestehen kann, gegenüber dem Delegaten nicht u. s. f.[1]). Häufig ist die Kundgebung an den Dritten, welcher mit dem Bevollmächtigten oder Delegatar kontrahiren soll und es kann diese Art der Kundgebung wohl als die normale betrachtet werden. Eine solche liegt auch in einem öffentlichen Ausschreiben, in einem publiken Anschlag, vgl. das lehrreiche fr. 11 de instit. act., in einer Bevollmächtigungsurkunde oder einer Anweisung, welche dem Bevollmächtigten oder Delegatar zur Legitimation gegen Dritte eingehändigt wird. Aber auch eine nur dem Bevollmächtigten oder Delegatar mitgetheilte Erklärung würde genügen, wie denn beide Arten von Willensäußerungen in den Quellen vertreten sind, vgl. einerseits fr. 12 pr., fr. 34 §. 3 de solut., anderseits fr. 12 §. 2, fr. 32 eod., fr. 26 §. 1, fr. 45 §. 4 mand. und in feinsinnigster Weise wird der richtige Gesichtspunkt angedeutet in fr. 34 §. 3 cit.: is qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intelligitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.

Hieraus folgt nun aber, daß, wenn an den Dritten eine derartige Kundgebung ergangen ist, die in dieser Kundgebung nicht berührte Spezialabrede zwischen Vollmachtgeber und Be-

1) Vgl. auch Zimmermann a. a. O. S. 89. 161, Mandry a. a. O. II S. 595.

vollmächtigten, Deleganten und Delegatar den Dritten nicht berührt; daß daher eine Absprache, welche die Vollmacht oder Delegation als eitel Schein darstellt, für die Dritte ohne jede rechtliche Bedeutung bleibt, solange sie ihnen nicht direkt oder indirekt notifizirt worden ist. Die ihnen zugekommene Erklärung ist für ihren Rechtsstand allein entscheidend, eine Beredung mit andern Personen, welche hiermit im Widerspruch stände, hätte ihnen gegenüber nicht etwa den Charakter einer Simulation, sondern den einer Mentalreservation, sie würde dem Fall gleichstehn, wo der Absender beim Siegeln und Absenden des Geschäftsbriefs seinem Vertrauten erklärte, daß der Inhalt nicht ernst gemeint sei.

Anders wenn etwa dem Einen der Delegaten die Manifestation des Scheines zugekommen wäre, dem Andern nicht; dann läge ein simulirter Akt mit denen vor, welche eine solche Kundgebung erhielten, während der Akt mit den übrigen ernst und vollwirksam wäre.

Einfacher ist der in der Praxis so häufige Fall der Offerte ad incertam personam, namentlich der Tradition an eine erst bestimmbare Person, wie beim jactus missilium u. s. w., §. 46 J. de rer. div., fr. 9 §. 7 de acq. rer. dom., Exner, Tradition S. 12 fg., Sohm in Goldschm. Zeitschr. XVII S. 52 fg. Die Offerte ad incert. pers. ist eine an einen Einzigen gerichtete Offerte, doch so daß dieser Einzige sich erst in der Zukunft herausstellt, Sohm S. 69 [1]); hier ist daher nicht eine Mehrheit, sondern eine Alternativität von rechtlichen Beziehungen vorhanden; aber auch hier kann sich der äußerlich einheitliche Akt in mehrere brechen, dem Einen kann er nackt und leer, dem Andern umgeben von privaten Verabredungen, Worten, Zeichen und Gesten entgegentreten; jenachdem die Offerte von dem Einen oder dem Andern acceptirt wird, ist sie eine andere Offerte, ein

1) Ueber eine ähnliche Erscheinung des Strafrechts s. Binding, Normen II S. 416 fg.

Akt unter einer ganz andern Beleuchtung und mit ganz anderer Bedeutung. Wer Münzen unter das Volk wirft, kann sich mit einigen handfesten Gesellen verständigen, daß der Uebereignungsakt, wie er sich äußerlich darstellt, nur zum Scheine geschehe; er kann damit beabsichtigen, daß die Mehrzahl der Münzen von diesen Individuen aufgerafft wird und in seinem Eigenthum verbleibt. Hier hängt es lediglich vom Zufall der Exzeption ab, ob ein Uebereignungsvertrag zu Stande kommt oder bloß der Schein eines solchen. Anders wäre es, wenn der Simulationswille öffentlich und gleichzeitig mit der Ausstreuung des Geldes erklärt würde oder wenn der Mangel des Uebereignungswillens aus den Umständen des Falles hervorginge, wenn etwa ein solches Ausstreuen bei gewissen Gelegenheiten als pures Ceremoniell, als bloße Feierlichkeit ohne rechtsgeschäftlichen Charakter erfolgte.

Von diesen Erscheinungen, bei welchen sich die Willenserklärung in eine Vielheit unabhängiger Akte zerblättert, hebt sich die andere Klasse ab, in welcher der einheitliche Rechtsakt nur per consequentiam eine Vielheit von Rechtsfolgen aus sich erzeugt. Ich berühre nur zwei derselben, die Ehe und die Erbantretung. Beides sind Geschäfte mit einem gewissen allgemeinen, unbegränzten Charakter, sie begründen eine unabsehbare Kette rechtlicher Beziehungen, ohne je in eine Vielheit von Akten auszuarten; es ist immer nur Eine Ehe, immer nur Eine Erbantretung, sie können beide nur entweder überhaupt geschehen oder überhaupt nicht geschehen; sie können aber nicht dem Einen gegenüber geschehen, dem Andern nicht. Daher der nothwendige Satz, daß Eine Erklärung Allen gegenüber und zwar Allen gegenüber in gleicher Weise entscheidet, und daß daher ein Scheinwille, welcher nicht im maßgebenden Akte selbst, nicht gegenüber den Theilnehmern dieses Aktes geäußert ist, ohne rechtliche Beachtung bleibt. Wer dem A gegenüber die Erbschaft

antritt, ist und bleibt unwandelbarer Erbe, wenn er auch seinem Freunde zuvor erklärt hat, daß er dem A nur leeren Dunst vormachen wolle; der dem Vertrauensmann gegenüber geäußerte Protest ist völlig bedeutungslos. Diese Ansicht ist nun allerdings nicht unbestritten; allein die Gegner stützen sich weniger auf die Natur der Sache, weniger auf die innern Gesetze des rechtlichen Bildungsprozesses, als auf die Autorität einer Pandektenstelle, des fr. 6 §. 7 de acq. vel omitt. hered.:

> Celsus libro quinto decimo digestorum scripsit, eum, qui metu verborum vel aliquo timore (verberum vel alio quo timore Mommsen) coactus fallens (nolens Mommsen) adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere.

Auf Grund dieser Stelle behauptet man von der Glosse an bis auf unsere Tage, daß, wer vor dem Erbantretungsakte clam vel coram quibusdam fuerit protestatus, quod, licet adiret, pro nihilo volebat esse, wer etwa „in einem Notariatsinstrumente erklärt, daß er die Erbschaft nur zum Scheine antreten werde" und darauf die Erbschaft antritt, (Schulin a. a. O. S. 37 No. 41 [a]), nicht Erbe wird. Vgl. z. B. Savigny III S. 103, Köppen in dies. Jahrb. V S. 139, 140, Czyhlarz ebenda XIII S. 15. 21, Brinz, Pandekt. S. 1422. 1423, vgl. auch Schliemann a. a. O. S. 65 fg.

Man erklärt nämlich den Ausdruck fallens = simulans, also äqual „mit Simulation", oder sollte vielmehr heißen „mit Mentalreservation" und vereinigt in dieser Weise die Stelle mit andern, wornach die Erbantretung trotz des Zwangs eine zivilrechtlich gültige ist. Allein dieser Auslegung stehen die gewichtigsten Bedenken entgegen, welche durch die von gegentheiliger Seite vorgebrachten Gründe nicht gehoben werden. Man könnte etwa zur Erklärung dieser Eigenheit auf die Grundsätze der

Erbantretung verweisen, insbesondere darauf, daß dieselbe das feste und richtige Bewußtsein der erfolgten Delation voraussetze, mithin auch eine voll zustimmende innere Willensevolution erfordere; allein ein solcher Schluß wäre verfehlt. Allerdings muß der Erbantritt mit dem vollen Bewußtsein der Delation erfolgen, vgl. z. B. fr. 13 §. 1, fr. 17 pr., fr. 19, fr. 22 de acq. vel om. her., allein nicht deßhalb, weil hier eine besondere Seelenklarheit, eine spezifische Stimmung des psychischen Lebens erforderlich wäre, sondern weil die Annahme begrifflich eine subjektive Beziehung zum Angebot verlangt, ebenso wie die Antwort eine subjektive Beziehung zur Anfrage, mithin ohne Bewußtsein, daß ein solches Angebot existirt, überhaupt nicht möglich ist. Das gilt auf dem Gebiete der Erbantretung, wie auf dem Gebiete des Vertrags; zwei objektiv identische Offerten bilden keinen Vertrag, die eine Erklärung muß eine bewußte Beziehung zur andern haben. Vgl. Bekker in seinem und Muther's Jahrb. II S. 351, Köppen in diesem Jahrb. XI S. 288. Dieses Bewußtsein ist aber nur ein leicht kontrolirbarer Vorgang des Intellekts, von hier auf die Nothwendigkeit interner Willensbewegungen zu schließen, geht ebensowenig an bei der Erbantretung als beim Vertrag. Aus den besonderen Regeln der Erbantretung läßt sich daher die Auslegung nicht rechtfertigen. Daß sie aber den allgemeinen Grundsätzen der Willenserklärung widerspricht, wurde bereits oben ausgeführt. Der Aditionswille kann coram quovis ausgesprochen werden; es ist nicht nöthig, daß der Akt vor einer besonders betheiligten Person erfolgt, es genügt, wenn er überhaupt in rechtsgeschäftlicher Weise erfolgt. Mithin steht die Willenserklärung coram quovis auf derselben Stufe, wie die vertragsmäßige Willenserklärung vor dem Vertragsgegner; in beiden Fällen ist die assistirende Person das geeignete empfängliche Organ für die Willensaktion. Eine vor diesem Organ nicht zu Tage tretende

Willensstimmung hat daher keine Bedeutung, sie ist in beiden Fällen eine pure Mentalreservation.

Läßt sich daher die bekämpfte Auslegung juristisch nicht halten, so steht sie auch philologisch auf schwachen Füßen. Ich wenigstens habe vergebens nach einem Beleg für fallere = simulare gesucht; zwischen Täuschung und Mentalreservation ist ein großer Unterschied; eine Verwechslung beider ist wohl nur auf Grund einer Volksanschauung möglich, die im Wort lediglich den Beweis des internen Lebens erblickt, einer Anschauung, welcher die antike Welt sehr ferne steht. Vergebens beruft man sich auf fr. 43 §. 2 de contr. emt.; denn hier heißt fallendi causa nicht „simulationsweise", sondern „um zu täuschen", es ist die Rede von einem solchen, der durch unbestimmtes Reden trügerische Erwartungen erregt (qui fallendi causa obscure loquitur); und schwerlich wird man sich auf die zudem im hochpoetischen Stil gehaltene Stelle in Vergil's Aeneis berufen können

I v. 683 Tu faciem illius noctem non amplius unam
Falle dolo,

wo fallere im Sinne von „täuschend darstellen", „täuschend wiedergeben" erscheint; denn auch dieses würde nicht zur Mentalreservation passen.

Ein Kenner der Latinität, wie Mommsen, hat sich denn auch veranlaßt gefunden, fallens durch nolens zu ersetzen, mit welcher sehr plausiblen Konjektur die bekämpfte Ansicht von selbst fiele. Es läßt sich indeß auch unter Belassung des handschriftlichen Textes eine Erklärung finden, welche alle Bedenken beseitigt; man hat nur fallere in der häufigen Bedeutung von „verborgen sein" = latere aufzufassen, eine Erklärung, auf welche bereits Schloßmann (zur Lehre vom Zwang S. 46 fg.) hingewiesen hat und welche ich mit weitern Belegen unterstützen möchte. Eleganter fallere dicuntur, sagt Forcellini, quae

latent et scientiam visumve nostrum effugiunt. Diese Bedeutung zieht sich durch Poesie und Prosa. Man vergl. zu den bei Schloßmann S. 46 No. 65 angeführten Stellen noch folgende:

Livius II 19: nec fefellit veniens Tusculanum ducem, contra quem et ille concitat equum, XXI 48: minus quam ad Ticinum fefellit[1]). Cicero de oratore I 60 §. 255: Neque enim hoc te, Crasse, fallit, quam multa sint et quam varia genera dicendi, ad Attic. III ep. 23 §. 4: in lege nulla esse ejusmodi caput, te non fallit, Tacitus Annalen VI 50: nec eum fefellit.

Plautus, Bacchides v. 297 sq. (ed. Fleckeisen):
Nicobulus. Aurum hercle auferre voluere, ei rei operam dabant.
Chrusalus. Non me fefellit, sensi;

Ovid Metamorph. XIII v. 462:
Mors tantum vellem matrem mea fallere posset,
ars amator. III v. 627 sq.:
Tuta quoque est fallitque oculos e lacte recenti
Littera; carbonis pulvere tange, leges.
Fallet et umiduli quae fiet acumine lini
Et feret occultas pura tabella notas;
insbesondere aber Horaz z. B. Epist. I 6 v. 45 sq.:
Exilis domus est, ubi non et multa supersunt
Et dominum fallunt et prosunt furibus,
Ep. I 16 v. 53 sq.:
Tu nihil admittes in te formidime poenae,
Sit spes fallendi, miscebis sacra profanis,
eod. v. 60: pulchra Laverna,
Da mihi fallere da justo sanctoque videri.

Und auch für das Particip fallens in der Bedeutung von heim-

1) Und öfters, z. B. XXXI c. 25. 26. 33. 38.

lich, unbemerkt, kenne ich eine Belegstelle, ebenfalls aus Horaz, nämlich Ep. I 38 v. 103:

an secretum iter et fallentis semita vitae,

auch wird diese Form bestätigt durch die Analogie des griechischen λαθών.

Hiernach würde die Stelle besagen, daß wer aus Furcht den Erbantritt verheimlicht, nicht wirksam antritt. Die Stelle gewinnt ihre volle Bedeutung, wenn wir uns erinnern, daß der Antritt einer testamentarischen Erbschaft seitens des Sklaven zur Zeit des Celsus nur durch cretio erfolgen konnte, das adierit der Stelle daher ein adire per cretionem bezeichnet. Es deuten aber mehrfache Spuren darauf hin, daß die cretio mit einer gewissen Publizität, in Gegenwart von Zeugen erfolgen mußte[1]), man vergleiche Varro ling. lat. VI 81: cernito i. e. facito, videant te esse heredem, itaque in cretione adhibere jubent testes, Cicero ad Attic. XIII 46: Tum ex eo cognovi cretionem Cluvii — o Vestorium neglegentem — liberam cretionem testibus praesentibus sexaginta diebus, und beachte die Analogie ähnlicher Akte des alten Rechts. Wer das Licht des Tages scheuend beim Schlafengehen oder auf seiner Dachkammer vor sich hermurmelt: Quod me Titius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque, der hat nicht cernirt und die Cretionsfrist ist ihm fruchtlos umlaufen. Auch für die moderne Erbantretung wird man einige Publizität nicht wohl entbehren können; ein Wort, welches ich im häuslichen Gespräch, im vertrauten Brief fallen lasse, kann nicht hinreichen, mich zum Erben zu stempeln; der Akt muß so erfolgen, daß er einen geschäftlichen Charakter an sich trägt; wer vor seinem Kammerdiener die Erbschaft antritt, hat schwerlich mit Rechtswirksamkeit angetreten.

---

1) So auch Jhering, Geist d. Röm. Rechts §. 46 No. 682[a].

Wenn ich für die Erbantretung überhaupt die Konzentration sämmtlicher Willensmomente in einen und denselben Akt verlangte, so muß dies um so mehr da gelten, wo das Gesetz zur Sicherung Dritter die Mitwirkung staatlicher Organe vorgeschrieben hat. So ist nach französisch-badischem Recht der Erbverzicht in ein s. g. Offenkundigkeitsbuch einzutragen, in ein bei Gericht geführtes zur öffentlichen Einsicht bestimmtes Register. Hier kann nichts sicherer sein, als daß, wer einen solchen Eintrag vollziehen ließ, mit voller Wirkung verzichtet hat; mag er sich auch mit seinen Miterben dahin verständigt haben, daß der Verzicht eitel Schein sein solle. Eine derartige Absprache kann nur obligatorische Pflichten unter den Miterben erzeugen, nicht die unaufhaltsamen Folgen des Erbverzichts hintertreiben.

Noch evidenter ist dies bei der modernen Eheschließung unter Mitwirkung des Standesbeamten. Sobald die Ehe nicht mehr ein unfeierlicher Vertrag ist, sondern in publiker Weise vor einem staatlichen Organ vollzogen wird, müssen alle entscheidenden Momente der Willenserklärung in dem entsprechenden publiken Akte zu Tage treten. Daß die Parteien unter sich abgesprochen haben, eine Komödie aufzuführen, ist rechtlich unerheblich, das Maß der Willenserklärung ist beschränkt durch die räumliche und zeitliche Beschränkung des Aktes; was darüber hinaus liegt, gilt als nicht vorhanden. Wenn sich daher zwei Theile vor dem Standesbeamten — wissend, um was es sich handelt — das Jawort gegeben haben, so sind sie ehelich verbunden, sollten sie auch einen notariellen Protest dahin aufgenommen haben, daß das Ganze nur eine Farce, etwa ein Spiel mit der Form oder ein Trumpf sei, womit sie dem Drängen unnachgiebiger Eltern ein Ziel setzen wollen. Nur wenn der eine oder andere Theil den Standesbeamten für eine untergeschobene Person, für einen verkleideten Komödianten hielte, wie im Postillon von Lonjumeau, dann läge keine Ehe-

schließung vor, aber nicht weil der Wille der Eheschließung fehlt, sondern weil die Willenserklärung abgeirrt ist, indem sie an einen Komödianten gerichtet war und nunmehr einem wahren Beamten zugekommen ist. Das ist der Grund, warum, auch abgesehen von der spätern dramatischen Lösung, die Trauung des Sängers St. Phar mit der Frau von Latour keine Eheschließung ist und warum die Furcht vor dem Hängen von Haus aus eine überflüssige war, wenn wir auch begreiflicherweise mit dem Dichter darob nicht rechten, daß er uns diese ergötzliche Scene geschaffen hat. Vgl. meine Rechtsfälle nr. XVI.

§. 3.

Wir haben die Simulation in ihren direkten Wirkungen beobachtet, es bleibt uns noch der indirekte Einfluß auf die Rechtsverhältnisse zur Erörterung übrig. Die rechtlichen Beziehungen bilden eine ununterbrochene Kette in einander greifender Erscheinungen, eine organische Gruppe von geistigen Erzeugnissen, bei denen Ein Tritt tausend Fäden hebt, ein Stoffwechsel den ganzen Organismus mitergreift. Darum ist es die Aufgabe der höhern Gerechtigkeit, das einzelne Rechtsgeschäft nicht auf den Isolirschemel zu stellen, sondern es zu behandeln als Glied in der ununterbrochenen Kette der Verkehrsoperationen.

Das hauptsächlichste Bindeglied der Verkehrsgeschäfte ist die Succession; sie ist das Organ, durch welches der Rechtsstoff von einem Gefäß in das andere, von einem Vermögen in das andere übergeleitet wird; sie verbindet die entferntesten Rechtsakte mit einander und erstreckt die rechtserzeugende Kraft des ersten Aktes bis auf den letzten. Darum kann aber auch ein Krankheitsstoff im rechtlichen Organismus fortwuchern und zu den unheilvollsten Störungen führen.

Ein Gebot der Gerechtigkeit und der Politik ist es daher,

den Krankheitsstoff zu lokalisiren und dadurch für die Gesundheit des Verkehrsorganismus möglichst unschädlich zu machen. Ein solcher Krankheitsstoff ist aber vor Allem das Scheinrecht, das wie eine falsche Münze im Verkehr kursirt, überall als wahrer Werth geltend, bis es sich plötzlich als leeres Phantom, als Gebild ohne Realität und Wahrheit darstellt. Hier ist die Gefahr dringend, daß, was im Privatkreise als bloßer Schein gilt, an die Oeffentlichkeit gelangt und auf dem Markte sich als reellen Werth darstellt, bis es in der Hand des zehnten Erwerbers in sein Nichts zerrinnt. Daher ist es die höhere Aufgabe des Rechtes, die Scheinnatur des Geschäfts auf den engen Kreis zu beschränken und das, was im Verkehr als voll und wahr auftritt, auch als voll und wahr gelten zu lassen, sofern nicht höhere Interessen entgegenstehen [1]). Von solchen widerstrebenden Interessen ist hier, bei der Simulation, nicht die Rede; vielmehr geschieht die Verhüllung und Verdeckung des wahren Geschäftsinhalts meist um der unlautersten Zwecke willen und verdienen daher die Parteien keine Rücksicht und Schonung [2]). Daraus ergibt sich das Postulat der Gerechtigkeit, daß ein Geschäft, welches unter den Parteien nur zum Schein gilt, sobald Veranstaltungen getroffen sind, welche es dem Publikum als wahr und ächt erscheinen lassen, dem gutgläubigen Dritterwerber gegenüber als wahr und ächt gelten muß; oder, genauer gesprochen, daß, wenn die Parteien ihre Willenserklärung zerstückeln und nur einen Theil derselben zur Kenntniß des

1) Man vgl. hierzu auch die treffliche Erörterung von Bähr in dies. Jahrb. XIV S. 400 fg.

2) Es soll nicht geläugnet werden, daß die Simulation mitunter ein harmloses Spiel ist, wie ja Scherz, theatralische Darstellung u. s. w. eine Spezies der Simulation bilden. Allein immerhin wird mindestens eine Unvorsichtigkeit vorliegen, wenn Jemand eine unter solchen Umständen erwachsene Urkunde aus der Hand gibt.

Publikums bestimmen, diesem gegenüber auch nur der zu seiner Kenntnißnahme bestimmte Theil der Willenserklärung gelten soll.

Diese Idee mag dem Juristen des gemeinen Rechtes neu klingen; ich will aber sofort drei Beispiele anführen zum Zeichen, daß sie bereits Gemeingut unserer Rechtsentwicklung geworden ist und nur ihrer prinzipiellen Anerkennung harrt. Wo das Grundbuchsystem gilt, da muß die vor dem Grundbuchbeamten geäußerte und in der gehörigen Form eingetragene Uebereignungserklärung volle Wirkung zu Stande bringen, sollten auch beide Theile, Auktor und Erwerber noch so sehr unter sich einig sein, daß die Erklärung nur Schein ist und ohne alle Rechtswirkung bleiben soll. Im Transskriptionssystem ist der oben betonte publizistische Charakter der Veräußerungsgeschäfte, das öffentliche Interesse an dem an sich nur privatrechtlichen Vorgang zum vollen Ausdrucke gelangt. Damit ist auch der Simulation das Wort gesprochen. Die durch dieses System erstrebte Sicherheit wäre völlig illusorisch, wenn es gestattet wäre, mit rechtlicher Wirkung seine Willenserklärung zu theilen, die eine Hälfte dem Grundbuch einzuverleiben, die andere Hälfte, welche die erste geradezu aufhebt, für sich zu behalten. Es gilt daher nur das, was im Grundbuchseintrag zum Ausdruck gelangt. Dies hat auch das Oberappellationsgericht Berlin, 16. Juni 1871, anerkannt (Seuffert Arch. XXVI 21).

Aehnlich verhält es sich mit der Cession. Wer in einen ostensiblen Akt die Erklärung aufnehmen läßt, daß er die Forderung an einen Dritten cedire, der muß es sich gefallen lassen, daß der gutgläubige Schuldner dem mit der Urkunde versehenen Scheincessionar zahlt, sollte auch zwischen Cedenten und Cessionar vereinbart worden sein, daß die Cession lediglich Schein, leeres wesenloses Blendwerk sei. Solches wurde ausgesprochen vom Bundesoberhandelsgericht Leipzig den 30. Dez. 1870 (Entscheidungen I S. 184). —

Ein drittes Beispiel endlich bietet der Ehevertrag in denjenigen Rechtsgebieten dar, welche zu dessen Rechtsbeständigkeit eine publike, zur Kenntniß der Drittinteressenten bestimmte Form verlangen. Auch diese Publizität wäre lediglich trügerisch, wenn es gestattet wäre, einen Bestandtheil der Erklärung in die 4 Wände einzuschließen und nur ein Stückwerk dem Publikum darzubieten. Vgl. z. B. a. 1396. 1397 Code civ.

Soll das Recht bei diesen Fällen stehen bleiben und auf die Schöpfung eines einheitlichen Prinzips verzichten? Soll es sich im Uebrigen von den höchsten Interessen der Gerechtigkeit und Wirthschaftspolitik scheu zurückziehen? Ich glaube nicht. M. E. hat die Wissenschaft auch ohne besondern gesetzlichen Anstoß den zunächst in einzelnen Anwendungsfällen zu Tage tretenden Rechtsgedanken voll und klar auszusprechen und überall da zur Geltung zu bringen, wo das Rechtsleben ihm Gelegenheit zur Entfaltung bietet; dieser Rechtsgedanke ließe sich dahin formuliren, daß, wer an der Simulation theilnahm, dieselbe dem dritten gutgläubigen Erwerber nicht entgegenhalten kann, sobald über den Akt eine ostensible Urkunde aufgenommen wurde, in welchem die Simulation keine Stelle fand. Der Geltendmachung der Simulation würde die exceptio doli entgegenstehen. Ich freue mich, dieses bei Ihering in dies. Jahrb. IV. S. 74 angedeutet und in der Hauptsache bei Dernburg, preuß. Privatr. §. 104 No. 7 ausgesprochen zu finden.

Die römischen Quellen entscheiden unsere Frage weder nach der einen noch nach der andern Richtung. Die allgemeinen Aussprüche: Plus valet, quod agitur, quam quod simulate concipitur; quae simulate geruntur, pro infectis habentur u. dgl., s. fr. 55 de contr. emt., fr. 54 de O. et A., c. 1. 2. 4 plus valere, quod agitur, c. 20 de don. i. v. et ux., c. 4. 6 §. 2 si quis alteri, c. 21 de transact., liefern keinen Gegenbeweis; bedenklicher ist c. 5 si quis alteri, insofern hier die

den Gegenstand des Scheingeschäfts bildende Sache bereits von der uxor auf die filia übergegangen ist und nichts destoweniger die Vindikation durchschlägt. Allein es ließe sich hieraus höchstens eine Ausnahme ableiten für den schenkweisen Erwerb, denn die Sache wurde der filia geschenkt (donationem — — in filiam suam collatam); eine solche Ausnahme würde mit andern Erscheinungen des röm. Rechts zusammentreffen, ich erinnere nur an die besondere Behandlung des schenkweisen Delegatars, fr. 2 §. 3 de don., fr. 7 pr. de doli m. exc., Erxleben, indeb. cond. S. 166 fg., Windscheid, Voraussetzung S. 93 fg. und Pand. §. 355 No. 9, Salpius, Novation u. Delegat. S. 122. 123.

Doch ist eine solche Ausnahme weder durch die Natur der Sache noch durch die Stelle geboten; denn aller Wahrscheinlichkeit nach ist eine Kollusion zwischen der uxor und der ihr zunächst stehenden filia anzunehmen, so daß letztere keine gutgläubige Erwerberin war und die Stelle daher jede Beweiskraft verliert. Sollte man aber solches auch nicht annehmen, so käme in Betracht, daß, selbst wenn auf Grund des vom Ehemanne abgeschlossenen Kaufs eine ernstliche Tradition und Uebereignung an die uxor erfolgt wäre, diese Tradition gescheitert wäre an dem Schenkungsverbot unter Ehegatten, so daß dieselbe nichtig gewesen wäre propter juris impedimentum; weßhalb auch im Fall der Simulation die filia in keiner günstigern Situation sein konnte, als sie es im Fall des ernstlichen Geschäfts gewesen wäre; vgl. fr. 3 §. 12. 13, fr. 4, fr. 39 de don. i. v. et ux., fr. 38 §. 1 de solut., c. 2. 20 de don. i. v. et ux., Ihering in dies. Jahrb. II S. 133 fg., Salpius, Novat. u. Delegat. S. 122; vgl. insbes. c. 20 cit.: cum tam ea, quae simulate aguntur, quam quae in uxorem a marito donationis causa tempore matrimonii procedunt, propter juris civilis interdictum pro infectis ha-

beantur, Hasenbalg, Beiträge zur Lehre von der Intercession S. 44: „Das eingegangene Rechtsgeschäft ist seinem ganzen Umfange nach nichtig, sowohl wenn es nur simulirt war, als auch, wenn es zwar in Wahrheit, jedoch nur um des Geschenkes willen abgeschlossen ist." Ob in letzterem Fall der Ehemann Eigenthümer wurde oder der Tradent Eigenthümer blieb, hing davon ab, ob das damalige Recht das s. g. Durchgangssystem anerkannte oder nicht; über dessen prinzipielle Richtigkeit ist hier nicht zu handeln, Thatsache ist es nur, daß, wenn auch nicht alle, so doch viele römische Juristen es hier heranzogen, um das von ihnen erstrebte Resultat, den Eigenthumserwerb des Ehemanns, juristisch zu rechtfertigen.

Es liefert daher auch die c. 5 cit. kein entscheidendes Ergebniß; noch weniger läßt sich das fr. 4 §. 5, fr. 14 pr. de in diem addict. und die c. 3 §. 3 de repud. verwerthen; denn es versteht sich auch nach unserm Prinzip von selbst, daß sich der Dritte zu seinen Gunsten auf die Simulation berufen kann; ausgeschlossen ist nur, daß die Simulation zum Nachtheil des gutgläubigen Dritten angerufen wird.

Um so mehr wird man auf den Geist des röm. Rechts und auf die in analogen Fällen proklamirten Prinzipien desselben bauen dürfen; und hier sagt uns jedes Blatt des Corpus juris, daß die fides, diese bewunderungswürdige römische Nationaltugend, welche das römische Volk und das römische Recht groß gemacht hat, eine Treu und Glauben widersprechende Ausbeutung des strikten Eigenthumsrechts nun und nimmer gestattete. Ich glaube nicht, daß irgend ein römischer Jurist die rei vindicatio hätte durchgreifen lassen, wenn der Vindikant die Sache auf offenem Markte verkauft hatte und sich dem Dritterwerber gegenüber auf das heimliche Geflüster hätte berufen wollen, das er mit dem ersten Käufer gepflogen hatte. Punica fides! hätte gewiß Jeder gerufen und an dem Sieg der exceptio doli wäre

kein Zweifel gewesen. Es sollen hier zum Beleg einige Fälle erwähnt werden, in welchen die rei vindicatio sich vor der Macht der fides beugte. Im Fall des fr. 25 de donat. fehlt es an den Voraussetzungen des Eigenthumsübergangs und das ursprüngliche Eigenthum bleibt; aber trotzdem dringt die rei vindicatio nicht durch, denn das Haben des Empfängers steht im Einklang mit dem vom Geber geäußerten Schenkungswillen, daher res accipientis facta non est — — sed benignius est, si agam contra eum, qui rem accepit, exceptione doli mali me summoveri. Vgl. Köppen in dies. Jahrb. XI S. 244. 366. Analog ist das fr. 7 §. 3 de jure dot.; obgleich der Empfänger nicht Eigenthümer ist, so versagt gegen ihn die rei vindicatio, denn sie steht im Widerspruch mit der der Sache gegebenen Bestimmung: exceptio poterit nocere vindicanti aut doli aut in factum; doti enim destinata non debebunt vindicari. Vgl. Scheurl, zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften S. 55. In diese Klasse gehört ferner die exceptio rei venditae et traditae und die exceptio si non ex voluntate tua res veniit, sowie die entsprechende exceptio doli; wer selbst veräußert oder zur Veräußerung seine Zustimmung gegeben hat, handelt gegen Treu und Glauben, wenn er den Erwerber mit der rei vindicatio belästigt, c. 11 de evict.[1]), Wiebeking, über die exceptio rei vend. et trad. S. 49, fr. 49 mand., Ihering in dies. Jahrb. II S. 177; und ebenso verhält es sich mit der Pfandklage dessen, der zur Veräußerung des Pfandobjekts zugestimmt hat; er wird mit der exceptio si non voluntate creditoris res veniit zurückgewiesen, fr. 4 §. 1, fr. 8 §. 6—18, fr. 10 quib. mod. pign., c. 2 und 11 de remiss. pign. Treffend wird das hier waltende Prinzip der höhern Gerechtigkeit, dieser

---

1) Der Nachdruck ruht auf dem: qui vendenti adeo consensum dedit.

Sieg der Ethik über die trockene Logik des Systems von Marcian gezeichnet: inverecunde applicari sibi eum creditor desiderat, iniquum est, auferri ei rem, fr. 8 §. 6 u. 8 quib. mod. pign.

Nach allen diesen Präzedentien handeln wir vollkommen im Geiste der römischen Juristen, wenn wir dem gutgläubigen Erwerber eine exceptio doli gegen die Vindikation dessen gewähren, der in einem das Publikum täuschenden Akt, also insbesondere in einer Urkunde, welche zur Kenntniß Dritter gelangen soll oder doch gelangen kann, sich den Anschein der Veräußerung der Sache gegeben und dadurch die Erwartung des sichern Erwerbs erregt hat. Ein solcher handelt inverecunde, er verletzt die Pflicht von Treu und Glaube gegenüber dem Publikum, falls er der publiken Erklärung widerspricht; er handelt so inverecunde, wie derjenige, welcher Eigenthum oder Pfandrecht geltend macht, nachdem er zur Veräußerung seine Zustimmung gegeben hat. Ja, wenn man kühner sein wollte, könnte man sagen, daß in einem solchen ostensiblen Akte dem Publikum gegenüber eine Ermächtigung zur Veräußerung, oder vielmehr eine Zustimmung zum eventuellen Erwerb gefunden werden kann.

Allerdings sind wir vor kurzem wieder von kompetenter Seite an Vorsicht und strenge Prüfung beim Gebrauch der exceptio doli gemahnt worden, Römer, Goldschm. Zeitschr. XX S. 54 fg.; und es wurde mit Recht darauf hingewiesen, daß eine ungeregelte Zulassung dieser exceptio die Kontouren des Rechts verwischen und die Gränzscheide zwischen Recht und Moral niederreißen würde. Allein wir sind auch nicht gewillt, jeden Einflüsterungen eines vagen, subjektiven, der objektiven Regulirung entbehrenden Billigkeitsgefühls Gehör zu schenken. Vielmehr ist die exceptio doli stets der Apparat, der Ausdruck eines höhern Rechtsprinzips, welches sich in klaren und festen

Formen ausspricht und dessen Eigenheit nur darin besteht, daß es andere Rechtsregeln durchkreuzt. Solchen Rechtsprinzipien aber, sollte sie das positive Recht seiner Natur nach auch nur in einzelnen Anwendungsfällen ausgedrückt haben, die juristische Geltung versagen, es der Jurisprudenz verbieten, sie aufzusuchen und in ihren Folgerungen zu entwickeln, das hieße die Rechtswissenschaft ihrer edelsten und höchsten Aufgabe entfremden.

Die Technik unserer exceptio doli wird am füglichsten aus den Regeln der nahverwandten exceptio si non voluntate tua res veniit zu entnehmen sein. Die Einrede steht dem gutgläubigen Erwerber, dessen Universal- und Singularsuccessoren zu; sie steht dem Eigenthumserwerber zu, wie dem Erwerber einer Servitut oder eines Pfandrechts. Dagegen kann sie den chirographarischen Gläubigern des Scheinerwerbers nicht zugestanden werden, da diese dem Schuldner nicht auf Grund spezieller dinglicher Sicherung, sondern auf Grund seines dem Wechsel des Moments preisgegebenen Gesammtvermögens kreditiren; weßhalb ihnen kein Anrecht auf bestimmte Stücke seines Vermögens zusteht. Mit Recht haben daher auch die modernen Gesetzgebungen, welche den Satz: „Hand muß Hand wahren" sanktionirten, diesen Satz nur zu Gunsten der Sacherwerber, nicht zu Gunsten der Chirographargläubiger zur Geltung gebracht und auch die Praxis hat einer solchen ungemessenen Ausdehnung dieses Satzes stets widerstrebt [1]).

Fraglich kann es erscheinen, ob unter den Successoren des gutgläubigen Erwerbers wiederum der gute oder böse Glaube in Betracht kommt. Ich trage kein Bedenken, diese Frage zu verneinen. Sie wird ebenso verneint im Fall des a. 306 H.G.B., vgl. Hahn, Kommentar II S. 144, ebenso in den Rechtsge-

1) Vgl. meinen Aufsatz über den dinglichen Vertrag in den Annalen der bad. Gerichte XXXX S. 239.

bieten, welche ein jus ad rem gegenüber dem bösgläubigen Erwerber kennen, vgl. v. Brünneck, über den Ursprung des s. g. jus ad rem S. 102. Mit dem einmaligen Durchgang durch die Hand eines gutgläubigen Erwerbers erlischt das vitium definitiv, wird das Recht gegen alle künftigen Angriffe gefeit. Eine entgegengesetzte Behandlung würde zum Nachtheil des gutgläubigen Erwerbers selbst ausschlagen; denn sobald der wahre Sachverhalt publik würde, wäre er außer Stande, die Sache auf den Markt zu bringen oder ihr einen Abnehmer zu finden. Jedenfalls würde seine Verkaufsmacht eine starke Einbuße erleiden und dieses würde dem Prinzip widersprechen. Nur dem Scheinerwerber selber, falls er wieder zur Sache gelangen sollte, sei es durch Auflösung oder Aufhebung seines Veräußerungsgeschäfts, sei es durch spontanen Neuerwerb, ist der Schutz der Einrede zu versagen; da er ja aus dem Scheingeschäft selbst zur Restitution der Sache verbunden ist und durch die Berufung auf die Einrede diese Vertragspflicht dolose verletzen würde, vgl. fr. 8 §. 7 u. 8, fr. 10 quib. mod. pign.

Die Einrede tritt entgegen dem simulanten Veräußerer, sowie dessen Universal- und Singularsuccessoren; und zwar dem Eigenthumserwerber ebenso, wie dem Erwerber eines Pfandrechts oder einer Servitut. Sie wird zur Replik gegen die exceptio dominii, sobald der Dritte veranlaßt ist, gegen den Simulanten oder dessen Successoren publizianisch zu klagen.

Wir haben seitdem von den simulirten Veräußerungsakten gesprochen; es gibt aber noch andere Akte, welche den Dritterwerber berühren und für welche daher die gleichen Regeln gelten müssen. Wer ein dingliches Recht erläßt, eine mit Pfandrechten gesicherte Forderung quittirt, der erweckt in dem Erwerber der Sache die begründete Meinung des unbelasteten Erwerbs; der ostensible Erlaß, die ostensible Zahlungsanerkennung wirken daher zu Gunsten des gutgläubigen Dritterwerbers

in gleicher Weise, wie die ostensible Veräußerung; der Simulant wird daher, falls er sein dingliches Recht, sein Pfandrecht geltend macht, mit einer exceptio oder replicatio doli zurückgewiesen. Wie sollte ein Recht, welches die exceptio „si non voluntate creditoris res veniit“ aufgestellt hat, den guten Glauben des Erwerbers solcher täuschenden Machination zum Opfer bringen!

Für die legislative Tüchtigkeit unserer Lehre zeugt auch noch der Umstand, daß sie in einem ausgedehnten Rechtsgebiete, unter einem Gesetzbuch, welches nicht zu den schlechtesten gehört, in jahrelanger unbestrittener Geltung ist. Auch hier, wie so oft, haben nämlich die Verfasser des französischen Code civil das Richtige getroffen. Der C. civ. besagt in Art. 1321:

Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes, elles n'ont point d'effet contre les tiers. Unter contre-lettres in diesem Sinne versteht aber das Gesetzbuch, wie gegenwärtig wohl einstimmig angenommen wird, les actes clandestins, destinés à constater la simulation d'un acte ostensible, also Urkunden, welche den Simulationscharakter eines Aktes darthun sollen; mit einem Worte Simulationsurkunden. Plasman, contre-lettres (Paris 1839) p. 23, Bonnier, traité des preuves (3me ed. 1862) nr. 526, Marcadé ad a. 1321 I, Demolombe XXIX nr. 307. 309. Und wenn das Gesetzbuch von der Wirkung der Simulationsurkunden, statt von der Wirkung der Simulation spricht, so erklärt sich das Quiproquo aus der großen Bedeutung, welche das französische Recht dem Urkundenbeweis beilegt, insbesondere gegenüber einer andern Urkunde, in welchem Falle fast alle andern Beweismittel abgeschnitten sind. Es ist denn auch unbestritten, daß sich der Art. 1321 auf jede Simulation erstreckt, auch auf diejenige, welche nicht durch eine Urkunde konstatirt ist, Larombière, théorie et prat. des obligations

ad a. 1321 nr. 8 (L'acte ne constitue — — qu'un moyen particulier de preuve qui peut être suppléé par d'autres), Charencey, encyclop. du droit v. contre-lettre nr. 20, Demolombe XXIX nr. 323. Dabei haben die französischen Autoren auch die Wahrheit nicht außer Augen verloren, daß Vertrag und Simulationsberedung nicht zwei Akte darstellen, sondern ein einheitliches Ganze bilden, sie wiederholen nachdrücklich die simultanéité intellectuelle, welche gewahrt bleibe, wenn auch der Vertrag sich in zwei Beweisurkunden spaltet, Charencey nr. 13, Demolombe nr. 321. 322.

Der besprochene Grundsatz hat sich in der Praxis bewährt; ich habe nirgends Klagen gefunden über praktische Inkonvenienzen, vielmehr kann sich der Praktiker im Gebiete des französischen Rechts kaum vorstellen, daß etwas anders gelten könne, er sieht den Satz als selbstverständlich an und denkt nicht daran ihn einzuengen; im Gegentheil sucht ihn die Praxis noch weit über seine Sphäre hinaus zu erstrecken.

Unter den tiers, welchen die Simulation nicht entgegengehalten werden kann, versteht man Jeden, der weder an der Simulation theilgenommen noch einen solchen Theilnehmer beerbt hat; Plasman p. 43, Bonnier II nr. 516, Larombière nr. 9, Demolombe nr. 333—335, vorausgesetzt, daß er im maßgebenden Momente in gutem Glauben war, also die Simulation nicht kannte; Plasman p. 44, Charencey nr. 41, Larombière nr. 10 (comme la nullité des contre-lettres à l'égard des tiers n' est fondée que sur la nécessité, de protéger leur ignorance et leur bonne foi), Demolombe nr. 347 und die bei letzterem zitirten Entscheidungen.

Ist daher ein Veräußerungsakt simulirt, so wirkt die Simulation nicht zum Nachtheil des gutgläubigen dritten Eigenthumserwerbers, Plasman p. 26, Larombière nr. 9, Demo-

lombe nr. 338 fg., sie wirkt nicht gegen den gutgläubigen Hypothekenerwerber noch gegen den gutgläubigen Erwerber eines andern dinglichen Rechts, Larombière nr. 9, Demolombe nr. 342. 343. Ebenso wirkt die Simulation nicht zum Nachtheil eines Schuldners, welcher dem Scheinzessionar in gutem Glauben zahlte und dadurch das Recht erwarb, von der Schuld liberirt zu sein, Kass.-Hof Paris, 25. Juni 1835, Sirey recueil 35 I p. 373.

In gleicher Weise kann die Simulation angesichts einer ostensibeln Quittung dem Erwerber einer Hypothek nicht entgegengehalten werden, welcher die Quittung für ernstlich hielt. Larombière nr. 9, Kass.-Hof 23. Februar 1835, Sirey 35 I p. 361, Appellhof Paris 29. April 1837, Sirey 37-II p. 245, Lyon 21. Juni 1837, Sirey 37 II p. 444, Douay 10. März 1849, Sirey 49 II p. 374.

Alle diese Anwendungsfälle decken sich völlig mit den oben aus den allgemeinen Prinzipien entwickelten Regeln. Wenn nun aber die Mehrzahl der Schriftsteller und die Jurisprudenz, Demolombe nr. 345 und die daselbst zitirten, insbesondere noch zwei neuere Entscheidungen, Kass.-Hof 20. April 1863, Sirey 63 I p. 230 und Appellhof Toulouse 28. Mai 1874, Sirey 75 II p. 63, die Regel auch auf die Chirographargläubiger erstrecken, so wurde dies schon oben widerlegt und mit Recht hat auch Charencey nr. 35 f. hervorgehoben, daß unter tiers (Dritten) nur solche Dritte zu verstehen sind, welche sich auf einen selbstständigen Rechtserwerb stützen, daß nicht jeder irgendwie indirekt Betheiligte die begünstigende Bestimmung des Art. 1321 anrufen könne.

Es ist hier nicht der Ort, uns mit dem franz. Rechte des Nähern auseinanderzusetzen. Aber von Bedeutung wird es immerhin für den künftigen Gesetzgeber sein, daß die oben entwickelten Postulate der Gerechtigkeit in einem praktisch tüchtigen

Gesetzbuch ausgesprochen worden sind und sich in der Rechts-übung eines praktisch tüchtigen Volkes bewährt haben. Wir würden für das künftige Civilgesetzbuch etwa folgenden Satz vorschlagen:

„Ist über einen Rechtsakt eine Urkunde aufgenommen worden, welche der Simulation keine Erwähnung thut, so kann der Einwand der Simulation weder demjenigen entgegengehalten werden, welcher auf Grund dieser Urkunde in gutem Glauben Rechte erworben hat, noch seinen Rechtsnachfolgern."

Eine Urkunde verlangen wir, weil sich mindestens in der Regel die Zerschneidung des Willens in einen öffentlichen und einen privaten Theil nur dann mit aller Bestimmtheit vollzieht, wenn über das Geschäft eine Urkunde aufgenommen ist; indem nur dann die Drittinteressenten zur Annahme bestimmt werden, daß das in der Urkunde Aufgenommene auch die volle und ungetheilte Willenserklärung sei.

§. 4.

Unsere Studien führen uns nunmehr auf ein selten betretenes und doch theoretisch und praktisch äußerst wichtiges Gebiet, auf die Grenzscheide zwischen dem simulirten und dem verdeckten Geschäft [1]). Gewöhnlich werden beide Begriffe zusammengeworfen, sehr zum Nachtheil einer richtigen Doktrin und einer exakten Praxis. Das Wesen des simulirten Geschäfts ruht auf juristischem Boden. Wer ein Rechtsgeschäft simulirt, schließt ein Rechtsgeschäft nicht ab und erzeugt nur den Schein eines solchen; indem er seine Willensäußerung zertheilt und nur ein

1) Vgl. hierüber die treffliche Darstellung Ihering's, Geist des Röm. Rechts §. 57, mit lehrreichen Beispielen, welchen ich solche aus dem modernen Rechte beifügen werde.

Stück derselben zur Kenntnißnahme Dritter gelangen läßt. Anders das verdeckte Geschäft; es entnimmt seinen Charakter nicht dem juristischen, sondern dem wirthschaftlichen Gebiete; wer ein verdecktes Geschäft abschließt, der will das Geschäft mit allen seinen Rechtsfolgen, er will es aber zu ökonomischen Zwecken, welche dem Geschäft selbst oder seinen Rechtsfolgen nicht homogen sind. Zum Verständniß sei folgendes vorausgeschickt.

Rechtsverhältnisse wie Rechtsgeschäfte des Vermögensrechts haben neben ihrer juristischen regelmäßig auch eine wirthschaftliche Seite, das Recht ist bestimmt zum Träger, zum Behikel wirthschaftlicher Bestrebungen. Mit dem Eigenthum verbinden wir den wirthschaftlichen Begriff der Ausbeutung der Sache nach allen Richtungen ihrer Gebrauchs- und Verkehrstauglichkeit; mit der Forderung den Begriff der Vermögensvergrößerung durch künftigen Zuwachs aus fremdem Vermögen; im Kauf und Tausch erblicken wir den Umtausch von Vermögenswerthen, im Darlehen und in der Miethe die zeitweilige Benutzung des Gebrauchswerthes eines fremden Gutes u. s. w. Nur die spezifisch juristischen Geschäfte haben die wirthschaftliche Seite nicht in sich aufgenommen, hier findet die wirthschaftliche Funktion im Rechtsgeschäfte keine Andeutung. Einem Wechsel sieht man nicht an, ob der Wechselschuldner schenkt, leiht, eine Schuld zahlt oder eine conditio dandi erfüllt; insbesondere ist aus dem Wechsel nicht zu ersehen, wie sich der Trassat zum Trassanten stellt und es ist eine reine Aeußerlichkeit, wenn man in der Wechselziehung ohne Weiteres ein Mandat und in der Annahme oder Zahlung des Wechsels den Vollzug eines Mandats erblickt; eine Aeußerlichkeit, welche das Reichsoberhandelsgericht mit Recht zurückgewiesen hat.

So sehr nun auch bei den s. g. materiellen oder wirthschaftlichen Rechtsgeschäften und Rechtsverhältnissen die ökonomische Funktion sich in der Geschäftsform ausprägt, so wenig können

die juristischen Gränzen des Geschäfts zusammenfließen mit den Gränzen des wirthschaftlichen Zweckes; der Kauf kann nicht aufhören, Kauf zu sein, wenn auch der Preis ein so unverhältnißmäßig niedriger ist, daß ein ökonomisches Gleichgewicht beider Leistungen weder vorliegt noch beabsichtigt sein kann. Das Eigenthum bleibt Eigenthum, wenn es auch nur dazu dienen soll, eine Deckung für ein Forderungsrecht zu gewähren, wie bei der fiducia cum creditore, oder den Schutz und die Vertretung der Sache einem Dritten anzuvertrauen, wie bei der fiducia cum amico. Ebenso sind die materiellen juristischen Geschäfte nicht die einzigen Medien des in ihnen ausgesprochenen wirthschaftlichen Zweckes; derselbe Zweck läßt sich durch die Kombination anderer Geschäfte erreichen. Wer dem A schenken will, kann den Umweg nehmen, daß er dem B gibt und diesen beauftragt, die Sache an den A zu restituiren; oder daß er den A zu seinem Vermögensverwalter macht und ihn von der Rechnungsstellung entbindet, indem er den Rezeß in seine Diskretion stellt; oder daß er mit ihm eine Gesellschaft eingeht und ihm auf seine Einlage hin eine übermäßige Betheiligung gestattet.

Gerade diese Inkongruenz zwischen der wirthschaftlichen und juristischen Seite des Geschäftes bringt es mit sich, daß die Parteien aus irgend welchen Gründen statt des eigens vom Rechte geschaffenen Weges, welcher den Zweck offen durchblicken ließe, einen Schleichweg wählen, in welchem ihr wirthschaftlicher Zweck nicht offengelegt, vielmehr unter andern ostensiblen Geschäften verdeckt wird, und deßhalb sind diese Geschäfte verdeckte Geschäfte zu nennen.

Ueberall sind hier die rechtlichen Folgen des Geschäfts, die rechtlichen Wirkungen des entsprechenden Rechtsverhältnisses gewollt. Wird eine Sache nummo uno verkauft[1]), so ist der

1) Vgl. hierüber auch Leist, Manzipation und Tradition S. 181 ff.

Kaufpreis allerdings sehr gering, allein dieser Minimalpreis ist *an sich* Gegenstand rechtlicher Uebereinkunft. Die venditio nummo uno ist daher nicht so ohne Weiteres ein simulirtes Geschäft; sie wird es erst, wenn die Vereinbarung dahin geht, daß auch dieser nummus unus nicht geleistet werden soll; wer 25 Sesterzien spondirt, spondirt in That und Wahrheit, wenn auch die Sponsionssumme so gering ist, daß sie kaum ein ernstliches Interesse repräsentirt und jedenfalls nicht im Verhältniß steht zu dem Interesse, welches hierdurch indirekt zum rechtlichen Austrag gebracht werden soll; erst wenn die Parteien auch darin einig sind, daß die 25 Sesterzien nicht gefordert werden dürfen, wird das Geschäft zum simulirten. Wer einen Andern zum Erben eingesetzt hat, macht ihn zum wahren, wirklichen Erben mit allen Rechten und Pflichten, sollte er ihm auch im schließlichen Resultat nur die Rolle eines Testamentsvollstreckers zugedacht haben, um durch seine Vermittlung das Vermögen irgend einer Stiftung, einer kirchlichen oder politischen Körperschaft zukommen zu lassen. Auch hier sind dem eingesetzten Erben nur die wirthschaftlichen Genüsse, es ist ihm nicht die rechtliche Dispositionsmacht versagt.

Mit dem letzten Beispiel haben wir einen der häufigsten Fälle des verdeckten Geschäfts berührt, das Geschäft per interpositam personam, den bekannten Fall, in welchem ein Dritter als Kontrahent eintritt, Kontraktsrechte erwirbt, nur um die wirthschaftlichen Vortheile auf einen Andern hinübergleiten zu lassen.

Wie soll sich die Rechtsordnung den verdeckten Geschäften gegenüber verhalten? Ihnen die Rechtswirkung entziehen, wäre ein ungebührlicher Eingriff in die freie Bewegung des Verkehrs, es würden dadurch die berechtigten Interessen verletzt, da die Verdeckung häufig ein sehr erlaubter, ja gebotener Schutz gegen

neugierige Nachspürungen und feindselige Uebergriffe ist. So weit hat sich denn auch noch kein Recht verstiegen. Soll aber umgekehrt die Rechtsordnung gegen solche Verdeckungen völlig unempfindlich sein? Dann würde sie sich selbst die Hände binden und sich in die Unmöglichkeit versetzen, durch Gebote oder Verbote die wirthschaftliche Bewegung zu reguliren, da es den Parteien niemals schwer fiele, den Zweck des verbotenen Geschäfts auf einem Umwege zu erreichen.

Die Lösung des Widerstreits liegt in folgender Unterscheidung: Im Allgemeinen steht es den Parteien frei, einen wirthschaftlichen Zweck in jeder beliebigen Rechtsform zu realisiren und hierbei gelten jeweils die Gesetze, welche die von den Parteien gewählte Rechtsform beherrschen. Es gibt nun aber Gesetze, die sich nicht auf die spezielle Rechtsform beschränken, sondern das ökonomische Resultat zum Gegenstand ihrer Norm erheben, die Erreichung eines bestimmten ökonomischen Resultats selbst verbieten oder nur unter bestimmten Voraussetzungen gestatten. Hier greift die gesetzliche Bestimmung durch, sie bindet sich nicht an die einzelne Rechtsform, sie ergreift vielmehr das Zweckbestreben, wo immer sie es findet, in welcher Rechtsform es sich birgt oder durch welchen Komplex von Rechtsgeschäften auch immer es sich hindurchzuschleichen sucht.

Das Ganze ist daher eine Frage der Gesetzesauslegung: Bezieht sich das Gesetz auf das von ihm genannte Rechtsgeschäft als solches oder auf das Zweckbestreben, welches sich nur typisch in dem betreffenden Rechtsgeschäfte ausprägt? Ist das Rechtsgeschäft, von dem das Gesetz spricht, das Objekt der gesetzlichen Norm oder ist es nur die Ausdrucksform eines bestimmten wirthschaftlichen Zweckes, also nicht exklusiv, sondern prima inter pares [1])?

1) Vgl. fr. 29 u. 30 de legibus: Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam

In manchen Gesetzen ist das letztere ausdrücklich ausgesprochen, indem es heißt, daß alles, was in fraudem des Gesetzes geschieht, unter das Gesetz fällt, vgl. die lex Fusia Caninia bei Gajus I 46: l. Fuf. Can., quae in fraudem ejus facta sint, rescindit. Sunt etiam specialia senatusconsulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem ejus legis excogitata sunt. Gewöhnlich aber findet sich eine derartige Bestimmung nicht, hier ist es Sache der Jurisprudenz, den wahren Gedanken des Gesetzes aus seiner Umhüllung herauszuschälen. Diese Aufgabe gilt indeß für jedes Gesetz besonders, daher können im allgemeinen Theil des Systems nur die maßgebenden Grundsätze aufgestellt und an Beispielen erläutert werden; was nunmehr in Folgendem geschehen soll.

Zunächst ein Fall, in welchem das Gesetz über die spezielle Rechtsform nicht hinausgreift. Bei überschuldeten Personen kommt es oft vor, daß sie sich die Vortheile des Eigenthums, insbesondere des Eigenthums an einem Wohnhause, dadurch zu sichern suchen, daß sie das Eigenthum für ihre Kinder erwerben, sich selbst aber ein Wohnungs- oder Gebrauchsrecht bestellen lassen. Dadurch ist die Sache dem Zugriff der Gläubiger entzogen, denn der usus und die habitatio sind meistens kein Objekt der Vollstreckung und das Eigenthum gehört ihren Kindern. Sie befinden sich daher in einer unangreifbaren Position, während sie im Fall ihres Eigenthumserwerbs in kurzer Zeit von Haus und Hof vertrieben würden. Dieses Verhältniß ist nicht zu ändern; das Exekutionsrecht ergreift nur wirkliche Rechte, nicht Genüsse, welche der Schuldner sich auf einem Umwege zu verschaffen weiß, und die actio Pauliana erstreckt sich nur auf tendenziöse Vermögensverminderung, nicht auf tendenziösen Nicht-

ejus circumvenit. Fraus enim legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat ῥητὸν ἀπὸ διανοίας, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.

erwerb, da der Schuldner zum Erwerb nicht verpflichtet ist, weder zu einem mühevollen, noch zu einem mühelosen; welche Verpflichtung in eine Kassirung der Persönlichkeit, in eine mildere Form der Sklaverei ausarten würde.

Wo dagegen das Gesetz das Zweckbestreben selbst trifft, da wird die Jurisprudenz dem Zweck durch die kunstvollste Verkleidung, durch die täuschendsten Metamorphosen folgen, ohne vor irgend einer noch so seltsamen Verdeckung zurückzuschrecken.

Sehr instruktiv sind in dieser Hinsicht die Gesetze, welche den Erwerb von Schenkungen und Vermächtnissen durch kirchliche Institute beschränken, ihn an staatliche Genehmigung oder andere Voraussetzungen knüpfen. Hier hat die Gesetzgebung mit den mächtigsten psychischen Faktoren, mit den stärksten sozialen Motiven zu kämpfen; ihr stehen die gewaltigsten, zudem meist im Verborgenen wirkenden Mächte entgegen; daher denn oftmals die allerausgesuchtesten, raffinirtesten Operationen, um den Zweck auf verborgenen Schleichwegen zu erreichen, der richterlichen Beurtheilung unterliegen. Sehr üblich ist die Vorschiebung einer Person mit geheimen Instruktionen oder die Wahl einer Person mit solcher Gesinnung und solchen Grundsätzen, daß die Zuwendung des Vermögens an die Körperschaft sicher zu erwarten steht. Solche Personen pflegen sich energisch darauf zu berufen, daß die Disposition ganz ernstlich und mit voller Rechtswirksamkeit gemeint sei, daß ihnen als wahren und einzigen Berechtigten die volle Dispositionsgewalt zustehe, weßhalb die Nichtigkeit einer Zuwendung an die Körperschaft sie, die völlig erwerbsfähigen Personen nicht berühren könne. Diesen Prätensionen hat der Zivilsenat Mannheim auf meinen Antrag hin scharf und bündig erwiedert: „Die Unterschiebung von Personen findet statt, um durch den Gebrauch des formellen Rechts das materielle zu hintergehen, um einen ökonomischen Erfolg, den das Gesetz reprobirt, in einer Gestalt herbeizu-

führen, in welcher die Verfügung formell dem Rechte entspricht und daher rechtlich unanfechtbar zu sein scheint. Das Gesetz würde sich aber selbst zur Ohnmacht verdammen, wenn es das, was es verbietet, unter der Maske eines anscheinend unschädlichen und nur legitime Zwecke verfolgenden Rechtsgeschäftes geschehen ließe. Daher hat es in Art. 911 (Cod. civ.) die eigentlich selbstverständliche Bestimmung eingeschärft, daß ein vom Gesetze verpönter ökonomischer Erfolg auch nicht auf einem Umwege in's Leben gerufen werden darf, vielmehr jedes Geschäft, welches einen solchen Erfolg indirekt erstrebt, im Keime erstickt werden muß". An derselben Stelle ist ausgeführt, daß die Personenunterschiebung zwar gewöhnlich in verschleierter, heimlicher Weise erfolgt, daß aber dies zum Wesen des Begriffs nicht gehört. Auch eine Verfügung, welche offen und unverhohlen einen Figuranten als Uebermittler fremden Vermögensinteresses aufstellen würde, wäre eine Verfügung an eine untergeschobene Person und nichtig, falls der Vortheil einem Unfähigen zukommen würde. „Der Charakter als untergeschobene Person kann nicht aus dem Grunde bestritten werden, weil die Unterschiebung ohne die bei solchen Akten gewöhnliche Sorgfalt und täuschende Kunst behandelt worden ist". Annalen der bad. Gerichte XXXXII S. 265. 267. [1])

Die untergeschobenen Personen (personae interpositae, subjectae) haben die Rechtssprechung aller Zeiten beschäftigt;

1) Allerdings straft das röm. Recht nur die heimlichen Fideikommisse mit Indignität und Exeption durch den Fiskus fr. 3 pr. §. 1 und 3 de jure fisci, fr. 103 de leg. I, fr. 10 pr. de his quae ut indign. „Allein", heißt es in den Entscheidungsgründen weiter, „im französischen Rechte handelt es sich nicht um eine extraordinäre, durch die besondere Gefährlichkeit der Verfügung veranlaßte Strafe, sondern um eine natürliche Folge des Grundsatzes, daß auch auf indirektem Wege nicht erfolgen darf, was der Gesetzgeber auf direktem Wege zu erreichen verboten hat". Es gilt hier der Satz des fr. 57 ad leg. Falcid.: ut omissa interpositi capientis persona spectetur.

wo immer eine Person oder eine Klasse von Personen vom Gesetze als unfähig zu einem Rechtserwerb proklamirt wurde, hat sich diese Spezies von Personen mit seltener Hartnäckigkeit eingestellt. Das franz. Gesetzbuch hat ihnen zwei Art. (911 und 1100) gewidmet und auch die röm. Quellen berühren den Begriff nicht selten. Vergl. Scheurl in diesem Jahrb. II S. 21 flg., Ihering ebenda S. 72. 73, Brissonius de verb. sign. ad h. v. Ich erinnere nur beispielsweise an das Verbot des Vormundes, ohne Assistenz eines andern Vormundes Mündelgüter zu kaufen, ein Verbot, welches nicht durch Unterschiebung einer persona interposita umgangen werden darf, fr. 5 §. 3 de auct. et cons. tut.: si per interpositam personam rem pupilli emerit, in ea causa est, ut emptio nullius momenti sit, quia non bona fide videtur rem gessisse — und dies gilt überall, wo das gleiche Verbot herrscht, z. B. unter dem Cod. Civ. art. 1596.

Eine häufige Spezies des verdeckten Geschäfts ist die Kombination von Kauf und Schenkung, um das gesetzlich fixirte Verhältniß von Waare und Preis auf Umwegen herzustellen. Als die lex Anastasiana, um dem Handel mit Forderungen entgegenzutreten, dem Schuldner das Recht gab, sich durch Zahlung des Cessionspreises mit Zinsen zu lösen, so pflegte man das Verbot damit zu umgehen, daß man einen Theil der Forderung schenkte und nur den Rest verkaufte; sodaß nunmehr der Kaufpreis und die verkaufte Restportion sich entsprachen. Diese Manipulation konnte und durfte nicht zu Recht bestehen, da nach der offenbaren Sachlage die ganze Forderung den Gegenstand des Handels, des Umtausches bildete, und die Schenkung nur ein vermittelndes Glied in der Kette der wirthschaftlichen Kaufsoperation war [1]). Nur eine Entwicklung dieser Idee ist

1) Treffend bemerkt Windscheid, Pand. §. 333: „Dadurch, daß dem Geschäft ein anderer Name gegeben wird, wird natürlich die gesetzliche Vorschrift nicht ausgeschlossen".

es, wenn Justinian in c. 23 pr. mand. verordnete: sancimus, nulli licere partem quidem debiti cedere pecuniis acceptis et venditione actionum habita, partem autem donationis titulo videri transferre, sed, si voluerit, pure totum debitum donare et per donationem actiones transferre, non occulte nec per artes clandestinas pecunias suscipere, publice autem simulatam donationem celebrare, sed undique puram et non dissimulatam facere donationem: hujusmodi enim cessionibus non adversamur.

Eine sehr interessante Anwendung des verdeckten Geschäftes ist die Bevollmächtigung im Gewande des Eigenrechts. Dieser Fall reicht von den ältesten Zeiten des röm. Rechts bis auf unsere Tage herab. Jedermann kennt die fiducia cum amico, welche dem Freunde das Eigenthum gab zur Vertretung der Interessen des wahren dominus [1]); und ebenso ist es noch heutzutage eine allgemeine Erscheinung, daß die Gesetze über das Verbot der Winkeladvokatur dadurch umgangen werden, daß der Winkler sich den Anspruch cediren läßt und ihn sodann als eigenen gerichtlich geltend macht. Da aber die Gesetze gegen die Winkeladvokatur verhüten wollen, daß die materiellen Interessen der Parteien durch die Manövers rechtsunkundiger und oft sittlich haltloser Individuen gefährdet werden, so greift das Verbot durch, es erstreckt sich auf jede Art der Anvertrauung von Parteiinteressen an derartige nicht qualifizirte Subjekte und fällt daher die Anvertrauung durch Cession unzweifelhaft unter die Regel. Die Gerichte können daher auch hier den Winkler zurückweisen und ihn in die Strafe der Winkeladvokatur verfällen [2]). Ebenso ist die fiduciarische Eigenberechtigung im Wechselverkehr gang und gebe. Bekanntlich gehören die Prokura-In-

1) Daß ursprünglich die fiducia die Stelle des depositum vertrat, darüber vgl. Voigt, jus naturale II S. 541 fg.

2) Vgl. auch Goltdammer, Arch. XIX S. 31 und XXI S. 521.

dossamente zu den größten Seltenheiten und auch derjenige, welcher nur mit dem Inkasso betraut ist, pflegt mit Vollindossament in den Wechsel einzutreten. Ein solches Vollindossament bewirkt aber wahres und eigentliches Gläubigerrecht, der Indossatar ist einziger und vollkommener Gläubiger der Forderung und hat die Rechtsmacht, voll und unbeschränkt über den Wechsel zu verfügen, mögen die Abreden mit dem Indossanten lauten, wie sie wollen. Denn da der Schuldner verpflichtet ist, an den Giratar und nur an ihn zu bezahlen, so ist eben auch der Giratar und nur er wahrer und wirklicher Gläubiger; das Verhältniß zwischen Giranten und Giratar kann daher nur ein obligatorisches, dem Verhältniß des Kommittenten zum Kommissionär analoges Verhältniß sein; wie das auch von dem R.O.H.G. sehr richtig entwickelt worden ist. Hier von Simulation zu reden, wie dies Kräwel in der Zeitschr. für WR. N. F. III S. 120, Ladenburg, in Busch Arch. N. F. IV S. 28 flg., de Fontenay in Goldschm. Zeitschr. XVIII S. 68 flg. und viele Andere thun, ist völlig unrichtig. Ebenso unrichtig wäre es aber, wenn man hiermit den berühmten Streit, ob sich dieser Indossatar Einreden aus der Person des Indossanten gefallen lassen muß, für erledigt hielte. Vielmehr liegt die Entscheidung der Frage auf ganz anderem Gebiete. Es ist nämlich ein über jede juristische Formgebung erhabenes Postulat der Gerechtigkeit, daß der Indossant nicht auf einem Umwege von einem Wechselschuldner Leistungen erzwingen darf, dessen Verbindlichkeit ihm gegenüber bereits gelöscht und erledigt ist. Das wäre aber hier der Fall; der Indossatar würde die Forderung nur einziehen, um das wirthschaftliche Resultat dem Indossanten zukommen zu lassen, und dieser erhielte aus dem Vermögen des Schuldners auf einem Umwege, was ihm nicht gebührt. Ein solches Zweckbestreben ist ein unredliches, vom Rechte verpöntes und deßhalb kann ihm der Schuldner entgegentreten, mag zu seiner Ver-

wirklichung eine Form gewählt sein, welche auch immer wolle. Das Organ, der Apparat dieses gerechten Widerspruchs ist die exceptio doli. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Indossatar beim Wechselerwerb von jenen Einreden Kenntniß hatte oder nicht, da er nicht in eigenem, sondern in fremdem Interesse handelt, mithin das spätere Auftreten unerwarteter Einreden ihn in seinen berechtigten Interessen nicht verletzen kann. Nur wenn er ausnahmsweise, etwa wegen Gegenforderungen ein eigenes Interesse an dem Einzug der Forderung hätte, könnte er sich auf den gutgläubigen Erwerb des Wechsels berufen, da in der Verfolgung des eigenen Interesses kein dolus von Seiten dessen liegt, der bei Erwerb des Rechts in gutem Glauben war. Mit dieser Betrachtungsweise stimmt am meisten überein Engländer, im Arch. f. WR. N. F. V S. 23 flg., vergl. auch Davidsohn, in Gruchot's Beiträgen XVIII S. 1 flg.

Eine weitere Spezies verdeckter Geschäfte ergeben diejenigen Rechtsakte, zu deren Rechtsbeständigkeit im Interesse Dritter eine äußerlich hervortretende Form eingeführt ist. So bedarf z. B. nach franz. Rechte das Faustpfand, überhaupt das vertragsmäßige Mobiliarpfand der Besitzübertragung. Gemeinhin sucht der kreditbedürftige Schuldner diese ihm lästige Bestimmung zu umgehn durch Kombination von Kauf, pactum de retroemendo und Miethe: der Gläubiger kauft die Sache, wobei Kaufpreis und Schuld kompensirt werden, verpflichtet sich, dieselbe gegen Rückvergütung des Kaufpreises jederzeit zu erstatten und beläßt sie in seinem Besitz gegen einen die Zinsen der Schuld repräsentirenden Miethzins. Ein solches Geschäft kann ganz ernst und mit der vollen Absicht aller juristischen Wirkungen gemeint sein, nichtsdestoweniger wird der Richter meistens die ganze Manipulation durchbrechen, denn das Gesetz verpönt im Interesse des Kredits jede Pfandsicherung an Mobilien, ohne

die vorgeschriebene Publizität. Das vorliegende Geschäft ist aber in seinem ganzen Umfang regelmäßig nichts anderes als eine Realsicherung, als die Benützung des Werthes einer Sache zur eventuellen Deckung eines persönlichen Anspruchs [1]). In der ganzen Manipulation entwickelt sich regelmäßig nur dasjenige wirthschaftliche Zweckbestreben, welches im Pfandvertrag seinen adäquaten Ausdruck fände; die angeführte Publizitätsvorschrift bezieht sich aber ihrer ganzen Tendenz nach nicht auf die Rechtsform, sondern auf das Zweckbestreben. Vgl. auch die Entscheidung des bad. Oberhofg. vom 9. Dez. 1869 (Zeitschr. f. franz. Civilr. v. Puchelt II S. 73 u. flg.)

Zwei wahre Kabinetsstücke feinsinniger Durchführung des angegebenen Prinzips bieten uns zwei Institute des röm. Rechts dar; die Entwicklungen der röm. Juristen, sind hier so außerordentlich lehrreich und fast künstlerisch vollendet, daß man nicht aufhören wird, an ihnen zu lernen, wenn auch diese Institute vielleicht im modernen Rechte Schiffbruch leiden werden; ich meine die Schenkung unter Ehegatten und die Intercession von Frauenspersonen.

Das Schenkungsverbot haftet nicht an einzelnen juristisch bestimmt charakterisirten Geschäften, sondern es greift in das Gebiet aller Rechtsakte ein, welche eine bestimmte wirthschaftliche Signatur an sich tragen: tendenziöse Bereicherung des andern Theiles durch Aufopferung eigenen Vermögens; mag sich nun dieses Bestreben hüllen in ein Kaufgeschäft, bei welchem Waare und Preis im Mißverhältniß stehen, fr. 5 §. 5 h. t. [2]), fr. 17 pr. ad SC. Vellej., mag es sich äußern in der Nichtausübung einer Servitut, fr. 5 §. 6 h. t., oder in prozessualischen Zugeständnissen oder Versäumungen, fr. 5 §. 7 h. t. Interes-

1) Etwas anderes würde allerdings dann gelten, wenn das Geschäft im einzelnen Falle noch andere wirthschaftliche Seiten darbieten würde.

2) Nämlich de donat. i. vir. et ux.

sant ist aber besonders das schon von Ihering, Geist des römischen Rechts a. a. O. No. 373 hervorgehobene fr. 64 h. t. Eine verführerische Gelegenheit, das Verbot zu umgehen, gewährte nämlich die bequeme Art der Ehescheidung. Man schenkte sich divortii causa, trennte sich und ging wieder zusammen. Trebatius stand hier noch auf der Stufe der Entwicklung, auf der heutzutage Viele stehen, er unterschied nur zwischen wahrer und simulirter Ehescheidung: si verum divortium fuisset, ratam esse donationem, si simulatum, contra; es genügte also, um dem Verbot zu entgehen, wenn die Parteien nur eine wirkliche, juristische Lösung des Ehebandes bewirkten, sollte diese Lösung auch nur momentan dauern und bestimmungsgemäß zur sofortigen Wiedervereinigung führen. Eine solche Ansicht ließ sich nicht halten. Schon Proculus, Caecilius und Labeo haben das Richtige gesehen: tunc verum esse divortium et valere donationem (divortii causa factam), si aliae nuptiae insecutae sunt aut tam longo tempore vidua fuisset, ut dubium non foret, alterum esse matrimonium. Nicht die rein juristische Ehetrennung, sondern die dem Wesen der Ehe entsprechende Trennung, welche zu einer wahren Entfremdung der beiden Ehegatten führte, sollte die donatio divortii causa validiren; die künftige Wiedervereinigung sollte dem Bestande der donatio dann nicht im Wege stehn, wenn die Trennung das ethische Band zwischen den Ehegatten durchschnitten hatte.

Noch lehrreicher ist die Geschichte des Vellejanischen (Velläanischen) SC.'s; hier haben wir die gesetzliche Grundlage vor uns, auf welcher die unerreichbare Kunst der römischen Juristen das wundervolle Meisterwerk aufgebaut hat. Hier sehen wir vor Augen, wie sie aus der Triebkraft des Gesetzes heraus, unbeengt um die Fessel des Buchstabens, das gesetzliche Prinzip mit allen Folgesätzen entwickeln, zum Entsetzen aller Buchstaben-

gläubigen, welche mit den Gesetzesworten dem juristischen Geiste rechts und links eine Barrière vorschieben wollen. Das Prinzip des Gesetzes aber, der alle Folgerungen vereinigende und in sich bergende Gedanke ist kein juristischer, sondern ein wirthschaftlicher; er läßt sich nicht beschreiben nach rechtlichen Qualitäten, sondern nur nach der wirthschaftlichen Signatur, welche die Geschäfte an sich tragen; das SC. bezieht sich auf alle Verbindlichkeiten, welche die Frau als einem fremden Vermögenskreise angehörende und daher „in der Erwartung übernommen hat, daß nicht sie dieselbe werde zu erfüllen brauchen, sondern der eigentliche Schuldner sie erfüllen werde.“ Windscheid im Arch. f. civ. Prax. XXXII S. 287, Pand. §. 485, Girtanner, Bürgschaft S. 335. Die juristische Formgebung kommt nicht in Betracht: SC° plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminae intercederent, fr. 1 pr. h. t., omnis omnino obligatio SC° V° comprehenditur, sive verbis sive re sive quocunque alio contractu intercesserint, fr. 2 §. 4 h. t. Ob die Frau bürgte oder ihr Gut für einen Dritten zum Pfand setzte, fr. 32 §. 1, fr. 8 pr., c. 7 h. t., oder auf den Vorrang im Pfandrecht verzichtete, fr. 17 §. 1 h. t. (anders freilich seit der c. 21 h. t.), ob sie durch Expromission, fr. 8 §. 8 u. 9 h. t., oder Litiskontestation, fr. 2 §. 5 h. t., in die fremde Schuldigkeit eintrat oder alieno nomine einen Schiedsvertrag einging, fr. 32 §. 2 de receptis, überallhin reichte die zersetzende Wirkung des gesetzlichen Verbots, selbst die confessio in jure konnte von ihr ergriffen werden, fr. 23. 26 h. t. „Entspricht das eingegangene Rechtsverhältniß der — — bezeichneten Voraussetzung, so kann auf die Quelle der von der Frau eingegangenen Verpflichtung, mithin auf das besondere Rechtsverhältniß, durch dessen Abschluß die Verbindlichkeit begründet ist, nichts ankommen.“ Hasenbalg, Beiträge zur Lehre von der Intercession S. 116.

Daher findet auch hier im Fall der Personenunterschiebung die Jurisprudenz ein reiches Feld civilistischer Entwicklungen, fr. 32 §. 2 h. t.: sive ipse creditor emerit, sive interposuerit alium, quo mulier ea ratione careat re sua; insbesondere greift das Gesetz durch, wenn ein Dritter mandatu mulieris intercedirt hat, die Intercession daher in ihren ökonomischen Folgen auf die Frau zurückfiele, fr. 6, fr. 7, fr. 30 §. 1, fr. 32 §. 3, c. 15 h. t. Ueberhaupt soll keine Veranstaltung geschont werden, durch welche der verpönte Effekt auf einem Schleichwege erreicht werden soll: ea, quae in fraudem SC[i] — — excogitata probari possunt, rata haberi non oportere, fr. 29 §. 1 h. t., si quidem creditor — — hoc in fraudem SC[i] egisset, ne ipsa interveniret contra SC[um], daret autem alium, excludendum eum exceptione fraudis SC[i] (SC[o]) factae, fr. 32 §. 3 h. t., sed si eum delegaverit, qui debitor ejus non fuit, fraus SC[o] facta videbitur et ideo exceptio datur, fr. 8 §. 6 h. t.

Die Wahrheit des Gesagten erweist sich auch durch die Gegenprobe; denn ebenso wie das SC. die wirthschaftlichen Intercessionsgeschäfte selbst dann trifft, wenn dieser Charakter in der juristischen Form des Geschäfts keinen Ausdruck findet, ebenso bleibt es selbst bei den juristischen Geschäften mit dem ausgeprägtesten Intercessionscharakter außer Anwendung, sobald die juristische Maske trügt und das Geschäft im speziellen Falle andere Zwecke als die der Intercession, der Vorschiebung des eigenen Kredits für andere, verfolgt, fr. 13 pr. h. t. cum prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipiat, fr. 3 eod.; vgl. auch fr. 24 de pact.

Es war daher völlig sachentsprechend, wenn Windscheid das Prinzip, die ökonomische Charakteristik der verschiedenen hierher gehörigen Fälle aufzustellen unternahm, und es ist diese Frage nach dem Prinzip natürlich weit entfernt von der Frage

nach dem Zweck des Gesetzes, der, wie immer, nur ein Hülfsmittel zur Erkenntniß des gesetzlichen Prinzips, nicht dieses selbst ist.

Wir können unsern Gegenstand nicht würdiger beschließen, als mit einem celebren Falle des internationalen Rechts, der in der neuesten Zeit die Strömungen der Zeitmeinung in hohem Maße bewegt hat. Unbestreitbar wirkt nämlich ein gesetzliches Moratorium nur im Bereich des Staates, welcher es erläßt, also nur bezüglich desjenigen Schuldners, welcher diesem Staate angehört. Dagegen ist nach der herrschenden und m. E. richtigen Theorie die Protestfrist als wesentlicher Theil der Protestform zu betrachten und daher bezüglich sämmtlicher aus dem Wechsel entspringender Verpflichtungen nach dem Gesetze des Ortes der Protesterhebung zu beurtheilen, a. 86 Wechs.-O., Goldschmidt in seiner Zeitschr. XVII S. 307 und die dort cit., Salpius ebenda XIX S. 56. Diesen letztern Umstand wollte die französische Regierung im Laufe des deutsch-französischen Krieges sich zu Nutzen machen, indem sie ein Moratorium unter der Maske einer Protestfrist einführte: Les délais dans lesquels doivent être faits les protêts et tous actes conservant les recours pour toute valeur négociable souscrite avant la promulgation de la présente loi sont prorogés d'un mois, Gesetz vom 13. August 1870, dem verschiedene ähnliche Gesetze folgten. Die offene, in den Debatten unverhohlen ausgesprochene Absicht des Gesetzes war es, einen Zahlungsaufschub zu statuiren, dem sich das Ausland beugen müßte. Diese Insinuation hat das R.O.H.G. mit Recht zurückgewiesen. Protest- und Respektfristen sind nothwendig ein modicum spatium, sie sind eine Abschwächung der punktuellen Strenge des Wechselrechts, sie sollen die momentane Behinderung oder Vergeßlichkeit in der Protesterhebung ausgleichen oder dem momentan überraschten Schuldner Gelegenheit geben, sich zu erholen und

seine Zahlungsmittel zu konzentriren. Mit der Erstreckung bis zur Dauer eines Monats verliert die Frist völlig ihren wirthschaftlichen Charakter, es gilt hier völlig der Satz, den jüngst Ed. von Hartmann aussprach, daß die quantitative Differenz, sobald sie ein gewisses Maß überschreitet, zur qualitativen wird. Mit Recht hat daher das R.O.H.G. entgegengehalten: „es ist klar, daß es sich in Wahrheit nur um einen geräumigen Aufschub für zahlungsunfähige (französische) Wechselschuldner handelt. Ueberall in den Debatten kehren die Ausdrücke délai, sursis, surséance, suspension de poursuite wieder. Diese Begriffe bestimmen den wahren Gedanken des Gesetzes und seine Bedeutung ist lediglich die eines Moratorium's, einer Hinausschiebung des Zahlungstages", (21. Febr. 1871, Entsch. I S. 286), wozu man vgl. die massenhaft angewachsene Litteratur über diese Entscheidung, besprochen von Goldschmidt in seiner Zeitschr. XVII S. 294 fg. und die Abhandlung von Salpius, ebenda XIX S. 3 fg. 61. 62. Insbesondere ist die Frage sehr tief erfaßt worden von dem Züricher Handelsgericht (Zeitschr. f. W.R. N. F. III S. 144. 145): „Schon der Name des Institutes der Respekttage, anderwärts Diskretions-, Begünstigungs-, Lauf-, Honor- (euphemistisch), Gnaden- Faveurtage (délai de grâce, de faveur, day of grace) deutet darauf hin, daß diese Frist ihrem Wesen nach nur ein kleiner Spielraum für den Acceptanten ist, um sich, wenn er durch Präsentation des Wechsels überrascht ist, zu erholen, sich allenfalls nach Deckung umzusehen, Zweifel mit Bezug auf die Richtigkeit des Wechsels zu beseitigen u. s. w. Es sind darum auch Respekttage und auch wo sie noch bestehen, ist deren Zahl längst verringert, wohl kaum mehr irgendwo in Europa auf mehr als 12 erstreckt, in weitaus den meisten Fällen aber auf 3 oder 4 beschränkt worden." — — — — „Diese Auffassung steht allerdings mit dem Wortlaute des Dekrets vom 13. August

1870 nicht im Einklange. Allein wie schon im erwähnten Urtheil des Leipziger Oberhandelsgerichts angeführt ist, kann es hiebei für die Beurtheilung der Verbindlichkeiten der außer Frankreich wohnenden Indossanten, ähnlich wie bei den simulirten" (sollte heißen verdeckten) „Verträgen, nicht auf den Wortlaut, sondern nur auf den Sinn des Gesetzes ankommen, und können die Rechte desselben auch nicht durch ein Gesetz verletzt werden, dessen Fassung durch Worte diese Rechtsverletzung zu verdecken sucht." Hierin liegt der Schwerpunkt; der Grundsatz, daß ein Moratorium nicht über die Gränzen seines Staates wirkt, bezieht sich auf jedes Moratorium im ökonomischen, wirthschaftlichen Sinn und es ist für das Ausland unerheblich, in welche juristische Maske der betreffende Staat das Moratorium zu hüllen, mit welchem Namen und mit welcher Rechtsform er es zu verdecken sucht.

III.

Alternativobligation und alternative Ermächtigung des Gläubigers.

Ein Beitrag zum Obligationenrecht

von

Professor **Regelsberger** in Würzburg.

Dem Spruchkollegium der hiesigen Universität lag nachstehender Fall zur Beurtheilung vor.

Der Krüger Heinrich A. zu B. übergab sein Kolonat Nr. 8 seinem Sohne August A. gegen einen bestimmten Geldpreis und unter der Verpflichtung, dem Wilhelm A., einem andern Sohn des Uebergebers, lebenslänglich die Wohnung auf dem Kolonate zu gestatten, die volle Verpflegung zu reichen und ein vierteljährliches Taschengeld von 3 Thlr. 15 Sgr. zu entrichten. Hierbei wurde bedungen, daß dem Wilhelm A. jederzeit frei stehn soll, statt der beschriebenen Reichnisse eine einmalige Abfindung von 500 Thlr. zu fordern. Im Hypothekenbuch für B. wurden 500 Thlr. Forderung des Wilhelm A. auf das Kolonatgut eingetragen.

Später wurde Wilhelm A. mit dem Kaufmann O. in einen Prozeß verwickelt, in welchem er unterlag und zur Erstattung der Prozeßkosten verurtheilt wurde. Da Zahlung nicht erfolgte, so bezeichnete Kaufmann O. als Vollstreckungsgegenstand die

hypothekarisch eingetragene Forderung des Wilhelm A. im Betrag von 500 Thlr. und erwirkte eine richterliche Verfügung, worin dem dermaligen Kolonatinhaber L. aufgetragen wurde, auf Abrechnung an seiner Schuld gegen Wilhelm A. die Prozeßkostenforderung des Kaufmann O. zu tilgen. L. hat diesen Auftrag vollzogen.

Nunmehr kam es zum Prozeß zwischen Wilhelm A. und dem Kolonen L., indem dieser sich weigerte, die Naturalverpflegung ferner zu leisten. In seiner Vertheidigung berief sich L. u. A. auf den erwähnten Vorgang und führte aus, daß durch die richterliche Exekutionsverfügung die ursprünglich alternative Forderung des Wilhelm A. in eine einfache verwandelt worden sei und daß er, Beklagter, dem Wilhelm A. nur noch den Restbetrag von der Abfindungssumme schulde, welche als Ersatz für die Naturalverpflegung bedungen wurde.

Diese Ausführung fand die Billigung der Fakultät nicht. „Der Schluß — so heißt es in den Entscheidungsgründen — welchen der Beklagte aus den an sich richtigen Thatsachen zieht, beruht auf der Voraussetzung, daß das Exekutionsgericht in einer für den Kläger verbindlichen Weise die Beschlagnahme der Forderung und die Zahlungsanweisung auf Rechnung derselben verfügt habe. Diese Voraussetzung ist nicht richtig. Durch den Uebergabevertrag wurde für den Kläger ein sofort existentes und ein blos bedingtes Recht begründet. Sofort existent war das Recht auf die Naturalverpflegung, blos bedingt die Forderung der Abfindungssumme. Beide Ansprüche stehen genau gesprochen nicht im alternativen sondern im eventuellen Verhältniß. Das eigenthümliche Merkmal der alternativen Verpflichtung beruht darin, daß zunächst noch unbekannt ist, was der Schuldner zu leisten hat; der Leistungsgegenstand wird erst durch die Entscheidung des Wahlberechtigten bestimmt. So verhielt es sich nicht in dem der Beurtheilung unterstehenden Fall. Der Gutsüber-

nehmer August A. schuldete nach dem Uebernahmevertrag die Naturalverpflegung und zwar sofort ohne daß es erst einer Entscheidung seines Bruders Wilhelm für dieselbe bedurft hat. Der Letztere hatte nur und hat noch das Recht, diesen Anspruch mit einem andern zu vertauschen, welcher indeß durch diese Wahl erst in's Leben gerufen wird. Die vorliegende Rechtsform hat ihr Gegenstück in der sog. alternativen Ermächtigung (facultas alternativa) des Schuldners, bei welcher dem Verpflichteten die Befugniß zusteht, die Verbindlichkeit zu derjenigen Leistung, auf welche allein der Gläubiger ein Recht hat, durch eine andere Leistung abzulösen. Im gegenwärtigen Rechtsfall war und ist die Verpflichtung des Beklagten auf die Abfindungssumme von 500 Thalern nur eine bedingte. Nun entziehen sich zwar bedingte Forderungen der gerichtlichen Beschlagnahme nicht. Allein weder nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen noch nach den besondern Vorschriften des L.'schen Prozeßgesetzes besitzt der Vollstreckungsrichter die Macht, an Stelle des Gläubigers, gegen welchen die Vollstreckung gerichtet ist, über die Erfüllung der Bedingung zu verfügen. So lange aber die Bedingung nicht eingetreten, ist der Verpflichtete aus der beschlagnahmten Forderung nichts schuldig und kann zur Zahlung an Dritte auf Abrechnung an dieser Forderung mit Recht nicht angehalten werden. Deßhalb hätte der Beklagte seiner Zeit den richterlichen Zahlungsauftrag mit allen ihm zu Gebote stehenden Rechtsmitteln bekämpfen sollen. Und selbst wenn er damit einen günstigen Erfolg nicht erzielt hätte, so würde dem Kläger daraus als einer res inter alios acta ein Rechtsnachtheil nicht erwachsen sein. Der Beklagte zahlte auf seine Gefahr und kann wegen seiner Auslage von dem Kläger nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung Ersatz fordern. Jedenfalls ist durch jenes richterliche Vorgehen die blos bedingte Forderung des Klägers nicht zur Entste-

hung gebracht worden und der Kläger nach wie vor befugt, die Leistung der Naturalverpflegung zu beanspruchen."

So weit die Fakultät. Da, so viel ich mich vergewissern konnte, die alternative Ermächtigung des Gläubigers in der Literatur weder des gemeinen Rechts noch der Partikularrechte berücksichtigt ist, so wird der Versuch nicht ungerechtfertigt sein, die kurze Ausführung, auf welche sich die Entscheidungsgründe beschränken mußten, durch einige Bemerkungen zu ergänzen.

1.

Bekannt ist das Wesen der alternativen Ermächtigung des Schuldners und ihr Gegensatz zur alternativen Obligation mit Wahlrecht des Schuldners. Der auf einen bestimmten Gegenstand Verpflichtete hat kraft Gesetzes oder kraft Parteibestimmung die Befugniß, die Verbindlichkeit aus dieser Obligatio durch eine bestimmte andere Leistung abzulösen. Der Gläubiger besitzt ein Forderungsrecht nur auf die erstere Leistung, muß sich aber die Abfindung mit der zweiten gefallen lassen. Weder das Klaggesuch noch das Urtheil braucht der Ablösungsmöglichkeit zu gedenken, und wo es geschieht, sollte eine Fassung gewählt werden, welche eine Verwechslung der alternativen Ermächtigung des Schuldners mit der alternativen Verpflichtung ausschließt; z. B. der Beklagte ist schuldig, den Kläger mit x Rm. schadlos zu halten, falls er nicht vorzieht, den Hund, welcher die fragliche Verletzung zugefügt hat, dem Kläger eigenthümlich zu übergeben [1]).

In allen diesen Punkten weicht die alternative Verpflichtung

---

1) In der römischen condemnatio (dieses Wort in der doppelten Bedeutung von Formelbestandtheil und Richterspruch genommen) fand die Abfindungsbefugniß Erwähnung. l. 1 pr. i. f. l. 5 §. 6 i. f. de his qui effud. 9, 3. l. 6 §. 1 de re judic. 42, 1. Wyß, die Haftung für fremde Kulpa S. 33. Karlowa, Legisaktionenprozeß S. 121.

mit Wahlrecht des Schuldners ab. Praktisch macht sich der Gegensatz namentlich in folgenden Wirkungen geltend.

1. Bei einer Verpflichtung mit alternativer Ermächtigung des Schuldners kann die Zwangsvollstreckung nur auf die gemäß der Obligatio geschuldete Leistung, nicht auf den Abfindungsgegenstand gerichtet werden [1]). Bei der alternativen Verbindlichkeit dagegen bestimmt der Gläubiger, auf welchen im Exekutionsverfahren das Wahlrecht des Schuldners übergeht, aus den alternativ geschuldeten Leistungen diejenige, in welche die Zwangsvollstreckung stattfinden soll.

2. Dort wird der Schuldner durch den zufälligen Untergang des geschuldeten Gegenstands von jeder Verbindlichkeit frei, wenn auch der Leistung des Abfindungsgegenstands ein Hinderniß nicht im Wege steht. Hier tritt die völlige Befreiung des Schuldners erst mit dem zufälligen Untergang sämmtlicher alternativ geschuldeter Gegenstände ein [2]).

3. Das Wahlrecht aus einer alternativen Obligatio wird dem Schuldner weder durch den Streitbeginn noch (was das heutige Recht anlangt) durch die Verurtheilung entzogen. Welche Wirkung die Prozeßeröffnung auf die Abfindungsbefugniß bei der alternativen Ermächtigung äußert liegt allerdings in Streit. Einige Rechtslehrer nehmen hierin eine Uebereinstimmung zwischen den zwei verwandten Rechtsverhältnissen an [3]);

---

1) l. 1 pr. de nox. act. 9, 4: Quarum actionum vis et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis aestimationem. l. 6 §. 1 de re judic. 42, 1: Decem aut noxae dedere condemnatus judicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit . . . At judicium solius noxae deditionis nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur. Et ideo judicati decem agitur, his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae ex lege tribuitur.

2) l. 34 §. 6 C. E. 18, 1. Ausführliches bei Vangerow P. §. 569 Anm. 2.

3) Wächter, Erörterungen Heft III S. 118 Note 64. Mommsen, Mora S. 264.

nach Anderen erlischt die Abfindungsbefugniß mit dem Prozeßbeginn, ausgenommen in ihrer Verbindung mit der Noxalverpflichtung [1]).

Die Wahrheit liegt, wie mir scheint, in der Mitte. Die Fortdauer der Abfindungsbefugniß bis zur Exekution wird für die Noxalansprüche bestimmt bezeugt, der Grund dafür nicht in einer Eigenthümlichkeit dieser Obligationsart sondern in dem gesetzlichen Ursprung des Abfindungsrechts gesucht [2]). Nicht minder bestimmt wird für die durch Rechtsgeschäft begründete alternative Ermächtigung des Schuldners an den Streitbeginn der Wegfall der Abfindungsbefugniß geknüpft [3]). Woher diese Verschiedenheit?

Die Anhänger der ersteren Meinung erklären die Entscheidungen der auf S. 163 abgedruckten Stellen aus dem veralteten Prokulianischen Standpunkt, wonach eine freiwillige Zufriedenstellung des Klägers nach der Litiskontestation den Beklagten nicht gegen Verurtheilung schützt [4]). Diese Erklärung hat von vornherein Aussprüchen Ulpian's gegenüber ihr Mißliches. Sie scheitert vollends an der Erwägung, daß der Jurist nur für das Abfindungsrecht des Schuldners, nicht für das Befriedigungs-

1) Donellus, Comment. in tit. Dig. de Verb. Obl. ad leg. 106 nr. 10 — welcher nicht einmal der im Text erwähnten Ausnahme gedenkt. Römer, Leistung an Zahlungsstatt S. 69 fg. Windscheid P. §. 125 Note 12.

2) Vgl. l. 20 §. 5 H. P. 5, 3 und die in Note 2 angeführten Stellen, insbesondere in l. 6 §. 1 cit. die wiederholte Hervorhebung, daß die Befugniß dem Schuldner kraft Gesetzes zukomme.

3) l. 57 pr. de solut. 46, 3: Si quis stipulatus fuerit „decem in melle", solvi quidem mel potest, antequam ex stipulatu agatur: sed si semel actum sit et petita decem fuerint, amplius mel solvi non potest. l. 1 de penu legata 33, 9 . . . habebit igitur heres oblationem tamdiu, quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur, nisi forte aliud tempus vel mente vel verbis testator praestituit.

4) Wächter a. a. O. und S. 26 Note 32. Aehnlich Mommsen a. a. O.

recht überhaupt den Wegfall behauptet. Will man aber den deus ex machina der Interpolation heraufbeschwören, so wird man die unbequemen Aussprüche erst recht nicht los, indem dann aus ihnen eine bewußte Stellung der Kompilatoren zu dieser Frage erleuchtet.

Befriedigender suchen Donellus und Römer den Grund in der Einwirkung der Litiskontestation auf den in den Streit gezogenen Anspruch; die alte Forderung, welcher die Abfindungsbefugniß entgegenstand, ist untergegangen und eine neue dieser Eigenthümlichkeit entkleidete an die Stelle getreten [1]). Hierbei bleibt nur das Bedenken, warum die Prozeßeröffnung bei Noxalansprüchen diesen Einfluß nicht äußert. Der Schlüssel zur Lösung liegt in der oben (S. 162 Note 1) gemachten Bemerkung, daß in der formula der actio noxalis die Abfindungsbefugniß ausdrücklich hervorgehoben wurde. Wir fragen weiter: warum? darauf die Antwort: quia ex lege tribuitur (sc. facultas). Sind diese Erklärungen richtig, so wird keinen Anstand finden, die für die Noxalansprüche gegebene Entscheidung auf alle Fälle der gesetzlichen Abfindungsbefugniß auszudehnen, und andrerseits den Wegfall der durch Rechtsgeschäft begründeten Abfindungsbefugniß im Zeitpunkt des Streitbeginns im Sinne des Justinianischen und des heutigen Rechts auf den muthmaßlichen Parteiwillen, nicht mehr auf Rechtsnothwendigkeit zurückzuführen, da die Litiskontestation ihre umgestaltende Wirkung verloren hat [2]).

---

1) l. 1 de penu leg. legt nahe, dem Juristen die Ansicht zu unterstellen, daß er dem Parteiwillen die entscheidende Macht beilege (nisi forte aliud tempus vel mente vel verbis testator praestituit). Indeß können sich diese Worte auf die Möglichkeit einer kürzern Frist beschränken (l. 11 §. 1 legat. II o), und diese Auslegung verdient nicht blos wegen l. 57 §. 1 solut. den Vorzug.

2) Schon nach klassischem Prozeß konnte die Abfindungsbefugniß während des Rechtsstreits gewahrt werden, wenn ein hierauf bezüglicher Zusatz in der formula erbeten und erlangt wurde.

Der für die alternative Obligation und für die alternative Ermächtigung des Schuldners gezeichneten Gestalt entspricht die Formel: dort sind sämmliche Leistungen in obligatione, aber nur Eine in solutione [1]); hier dagegen ist nur Eine Leistung in obligatione, aber zwei sind in solutione [2]).

2.

Der Befugniß des Schuldners, sich durch Leistung eines andern Gegenstands als des geschuldeten zu befreien, wie dies das Wesen der bisher betrachteten alternativen Ermächtigung des Schuldners bildet, entspricht bei der alternativen Ermächtigung des Gläubigers die Befugniß des Letzteren, seine Befriedigung in einem andern als den (zur Zeit) geschuldeten Gegenstand zu fordern. Der Ersatzgegenstand ist hier wie dort bestimmt, nicht zur freien Auswahl des Berechtigten vorstellt. Man kann sagen: es besteht ein rechtlicher Zwang dort zur An-

---

1) l. 5 §. 2 qui et a quibus 40, 9 (Julianus). l. 128 i. f. V. O. 45, 1 (Paulus). l. 95 pr. de solut. 46, 3 (Papinianus). Weicht hiervon l. 112 pr. V. O. 45, 1 (Pomponius) ab? Die Frage wird gemeinhin bejaht (z. B. von Windscheid P. §. 255 Note 5); ich glaube, mit Unrecht. Pomponius sagt, nach Ausübung des Wahlrechts sei nur Ein Gegenstand in obligatione (quem elegerit, petet et is erit solus in obligatione). Allerdings kann der Gläubiger bei der Fassung quem volam auf den andern Gegenstand zurückgreifen. Daraus folgt aber nicht, daß durch die getroffene Wahl an der alternativen Obligatio noch keine Veränderung vorgegangen ist; denn der Schuldner bedarf keiner ferneren Entscheidung, um zu wissen, was er zu leisten hat, und er kann jetzt sofort in Verzug der Leistung kommen (l. 95 pr. solut. 46, 3: nisi si mora facta sit in eo mortuo quem petitor elegit). M. a. W. Die alternative Obligation ist in eine einfache Obligation mit alternativer Ermächtigung des Gläubigers übergegangen. Wie man indeß hierüber auch denken mag, jedenfalls ist die im Text angeführte Denkform die genauere und hat wichtige praktische Folgen. l. 5 §. 2 qui et a quibus 40, 9. l. 112 V. O. 45, 1. l. 72 §. 4 solut. 46, 3. Dazu l. 95 §. 1 solut. 46. 3 mit Windscheid P. §. 255 Note 14. A. M. Fitting, die Natur der Korrealobligationen S. 150, 156 fg.

2) l. 6 §. 1 i. f. de re judic.

nahme, hier zur Hingabe an Erfüllungsstatt. Nur wird das juristische Wesen des Verhältnisses damit nicht weiter aufgeklärt.

Insoweit haben wir zwischen den beiden Arten der alternativen Ermächtigung nur Aehnlichkeit entdeckt. Eine genauere Vergleichung stellt indeß wesentliche Abweichungen heraus, selbst abgesehen von der Person des Berechtigten.

Vor Allem ist bei der alternativen Ermächtigung des Gläubigers die Verpflichtung des Schuldners auf zwei Leistungen gerichtet, beide sind in obligatione. Darum wird der Verpflichtete mit eintretender Erfüllungsunmöglichkeit der zunächst geschuldeten Leistung nicht völlig frei; der Gläubiger kann noch immer auf die zweite greifen, es müßte denn bei Errichtung des Geschäfts ein gegentheiliger Wille zum Ausdruck gelangt sein.

Hierin liegt eine Annäherung der alternativen Ermächtigung des Gläubigers an die alternative Obligation, insonderheit an die alternative Obligation mit Wahlrecht des Gläubigers. Allein während der Verpflichtete hier vor Ausübung des Wahlrechts zwar bezüglich sämmtlicher Gegenstände gebunden ist, aber noch keinen schuldet, kann er bei der alternativen Ermächtigung des Gläubigers von vornherein nicht im Zweifel sein, was er zu leisten hat, ja sogar in Verzug der Erfüllung verfallen, ohne daß der Gläubiger eine Entscheidung getroffen hat. Es hängt dieß mit einer tieferen Verschiedenheit der beiden Rechtsformen zusammen. Bei der alternativen Obligation liegt nur eine Obligation vor mit Unbestimmtheit des Leistungsgegenstands. Bei dem Rechtsverhältniß mit alternativer Ermächtigung des Gläubigers treten zwei Obligationen heraus, jede mit einem bestimmten Leistungsgegenstand. Von beiden Obligationen kann jedoch nur eine vorhanden sein. Die zunächst entstehende, primäre Obligation erlischt, sobald sich der Gläubiger für die zweite, eventuelle entschieden hat. Beide Obligationen gehen daher aus dem begründenden Rechtsverhältniß als bedingte hervor, die

primäre unter einer aufhebenden, die eventuelle unter einer aufschiebenden Bedingung. Der bedingende Umstand ist für beide derselbe, sein Eintritt von der Willkür des Gläubigers abhängig[1]).

3.

Die praktische Bedeutung des Unterschieds zwischen alternativer Obligation mit Wahlrecht des Gläubigers und einer Obligation mit alternativer Ermächtigung desselben springt recht deutlich bei derjenigen Rechtsfrage in die Augen, welche den Anstoß zur gegenwärtigen Erörterung gegeben hat. Bildet den Gegenstand der Zwangsvollstreckung eine alternative Forderung, so geht mit der richterlichen Einweisung in die Forderung das Wahlrecht des Vollstreckungsbeklagten auf den Vollstreckungskläger über, gleichviel ob die beschlagnahmte Forderung dem Vollstreckungskläger in Zahlung (als Befriedigungs-Gegenstand) oder blos Zahlungshalber (als Befriedigungs-Mittel) überwiesen wird und ob er demnach die Stellung eines Cessionars (Forderungsinhabers) oder eines Einzugsbevollmächtigten erhält[2]). Auch in dem letzteren, wohl regelmäßigen Fall tritt der Eingewiesene hinsichtlich der Verwirklichung des Forderungsrechts an die Stelle der Gläubigers, gegen welchen die Vollstreckung erwirkt wurde. Denn gesetzt der Letztere behielte trotz der Ueberweisung seiner Forderung an den Vollstreckungskläger die Wahlbefugniß: was dann, wenn er sich weigert, die Entscheidung zu treffen? Soll er den Erfolg der Exekution vereiteln können? Mindestens muß man dem Vollstreckungskläger den Eintritt in

1) Die Annahme zweier bedingter Obligationen wird für die alternativen und für die Korreal-Obligationen mit Grund abgelehnt von Fitting die Natur der Korrealobligationen S. 146 fg. und Demelius in Zeitschr. für Civilr. und Proz. N. F. Bd. XVII S. 30.

2) Ueber diesen Unterschied vgl. Regelsberger Studien im bayerischen Hypothekenrecht S. 119 fg.

das Wahlrecht gestatten, nachdem die Weigerung des Vollstreckungsbeklagten feststeht.

Ganz anders bei einer einfachen Obligatio mit alternativer Ermächtigung des Gläubigers. Der Vollstreckungskläger hat zwar die Wahl zwischen der primären und der eventuellen Forderung; denn der richterlichen Beschlagnahme bedingter Forderungen steht kein Hinderniß entgegen. Entscheidet er sich für die letztere, so hängt seine Befriedigung aus dieser Forderung von dem Eintritt der Bedingung, mithin von der freien Entschließung des Vollstreckungsbeklagten ab. Diese Befugniß mit der Beschlagnahme auf den Vollstreckungskläger zu übertragen, fehlt jeder triftige Grund. Selbst der Konkursschuldner kann einen ihm angetragenen Vermögenserwerb ausschlagen, seine Gläubiger vermögen weder ihn daran zu verhindern noch an seiner statt den Erwerb zu machen [1]). Noch viel weniger wäre bei der alternativen Ermächtigung des Gläubigers die Uebertragung der Erwerbsmöglichkeit (facultas) auf den Vollstreckungskläger gerechtfertigt, da sich hier für das erwerbende Vermögensstück ein Ersatz in dem Vermögen des Vollstreckungsbeklagten befindet.

Wirkt dagegen der Vollstreckungskläger die Beschlagnahme der primären Forderung aus, so geht die alternative Ermächtigung zwar für den Vollstreckungsbeklagten unter, aber nicht auf jenen über, die Bedingung fällt aus. Der Untergang folgt aus dem Verlust des Verfügungsrechts, welcher für den Vollstreckungsbeklagten mit der richterlichen Arrestanlegung eintritt. Gegen den Uebergang sprechen die oben angeführten Gründe.

---

1) Fuchs, das Konkursverfahren S. 49 Note 5. Köppen, System des heut. röm. Erbrechts S. 258 fg. Holzschuher, Theorie und Kasuistik Bd. III S. 252 (3. Aufl.).

4.

Erlischt die primäre Forderung, sobald der Gläubiger dem Schuldner erklärt hat, daß er die eventuell geschuldete Leistung verlange? Oder kann der Gläubiger diese Erklärung zurücknehmen und wieder auf die primäre Forderung greifen?

Für die Lösung dieser in den Quellen nicht entschiedenen Frage bieten sich zwei Analogieen, die Behandlung der gleichen Frage bei der alternativen Obligation und bei dem durch die lex commissoria geschaffenen Wahlrecht.

Mit der Heranziehung der analogen Behandlung bei der alternativen Obligation berühren wir einen außerordentlich bestrittenen Boden [1]). Weder für die Bejahung noch für die Verneinung des Veränderungsrechts liegt im Wesen der Obligatio ein zwingender Grund. Mithin kann bei der Begründung der Wahlbefugniß der Verbrauch derselben an die einmalige — selbstverständlich in ernstlicher Absicht [2]) abgegebene — Erklärung des Wahlberechtigten geknüpft werden, ausdrücklich oder stillschweigend. Wir stehen daher vor einer Frage der Willensauslegung [3]), es mag das Wahlrecht auf Rechtsgeschäft oder Gesetz beruhen. **Wie ist der muthmaßliche Wille zu ergründen?**

Vielleicht hat sich einer größeren Annäherung der Meinungen bisher der Fehler entgegengestellt, daß die Frage zu allge-

---

1) Ueber den Stand der Frage vgl. **Windscheid** P. §. 255 Note 9.

2) Auch gegenüber dem Gegner in der Obligatio? In der Regel ja. Vgl. **Demelius** a. a. O. S. 36.

3) l. 112 pr. V. O. 45, 1: Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet: quem elegerit, petet et is erit solus in obligatione. An autem mutare voluntatem possit et ad alterius petitionem transire, quaerentibus respiciendus erit sermo stipulationis utrumne talis sit „quem voluero“ an „quem volam“.

mein betrachtet und beantwortet wurde. Es würde nicht schwer fallen, Beispiele an einander zu reihen, deren gleichmäßige Beurtheilung nach der einen oder nach der andern Ansicht unser Rechtsgefühl verletzen würde. Toute généralisation est un mensonge. In der That führt eine genauere Betrachtung auf einen maßgebenden Unterschied [1]).

Der alternativen Fassung kann eine doppelte Absicht zu Grunde liegen. Entweder dem Gläubiger soll größere Sicherheit dafür geboten werden, daß er durch die Obligatio überhaupt etwas bekommt, eine Sicherung, die darin liegt, daß der zufällige Untergang eines der alternativ bezeichneten Gegenstände oder selbst aller bis auf einen den Schuldner nicht befreit [2]). Oder der Zweck ist, dem Wahlberechtigten Zeit zur besseren Ueberlegung der Wahl, auch wohl, wie namentlich bei Vermächtnissen, einem bei Errichtung des Rechtsgeschäfts nicht Betheiligten, dem Erben oder Vermächtnißnehmer, das Wahlrecht einzuräumen [3]).

a. Wo die erstere Absicht obwaltet, darf der einseitigen Erklärung eine bindende Kraft nicht beigelegt werden. Zwar kann der wahlberechtigte Gläubiger auf seine vortheilhaftere Stellung verzichten; aber ein Verzicht ist im Zweifel nicht zu

---

1) Die nachfolgende Untersuchung, zunächst unabhängig von Demelius' Abhandlung a. a. O. S. 19 unternommen, trifft in wesentlichen Punkten mit den Ergebnissen dieses Schriftstellers zusammen. Es schien mir gleichwohl nicht überflüssig, meine Gedankenfolge hier bekannt zu geben, sei es auch nur um die Aufmerksamkeit von Neuem auf die gediegene Ausführung des genannten Rechtslehrers zu lenken.

2) Diesem Gedanken gibt Demelius a. a. O. S. 25 folgende Fassung: „Die beigefügte Alternative ist darauf berechnet, eine endgültige Qualität derselben zu bilden".

3) Demelius: „Die beigefügte Alternative kann aber auch nur die Bedeutung eines Provisoriums tragen, welches sich sofort durch die erklärte Entscheidung des Wahlberechtigten heben soll, so daß an Stelle der alternativen Obligation sofort ein einfaches bestimmtes Forderungsrecht tritt".

unterstellen. Dem wahlberechtigten Schuldner aber muß man die Befugniß geradezu absprechen, durch Verwandlung der alternativen Obligation in eine einfache die Gefahr des Gläubigers zu erhöhen. Die einseitige Erklärung des Wahlberechtigten hat in dem bezeichneten Fall, wenn sie vom Gläubiger ausgeht, die Bedeutung einer Aufforderung an den Schuldner, die Leistung des genannten Gegenstands vorzubereiten, und wenn vom Schuldner, die Bedeutung einer Anzeige an den Gläubiger, daß er die genannte Leistung erwarten dürfe.

Von diesem Standpunkt gelangt man zur Anerkennung der Befugniß des Wahlberechtigten, die erklärte Entscheidung bis zur Erfüllung der Obligation zu ändern. Indeß heischt eine dringende Billigkeit die Windscheid'sche Ergänzung, daß dem Gegner derjenige Schaden vergütet werden muß, welchen er erlitten hat, weil er auf die Erfüllung der Obligatio gemäß der jetzt zurückgenommenen Leistung gebaut hat.

b. Liegt in der alternativen Bestimmung des Leistungsgegenstands blos eine — bewußte — Unvollständigkeit der Willenserklärung, welche in der Entscheidung des Wahlberechtigten ihre Ergänzung finden soll, so enthält die erste Erklärung des Wahlberechtigten einen Aufbrauch des Wahlrechts. Man nehme beispielsweise die aus der außerehelichen Schwängerung entspringende alternative Verbindlichkeit aut duc aut dota: sollte hier die Erklärung des Schwängerers an die Geschwächte, er könne oder wolle sie nicht heirathen, die Letztere nicht berechtigen, die alternative Verpflichtung in die einfache auf Dotirung verwandelt zu betrachten und unbeschadet dieses Anspruchs eine anderweite eheliche Verbindung einzugehen? Mit Recht hat sich der oberste Gerichtshof für Bayern unterm 17. April 1875 im gegentheiligen Sinn entschieden [1]).

1) Seuffert's Archiv für oberstr. Entscheidungen Bd. XXXI Nr. 319 aus Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern Bd. XL S. 223.

Forscht man auf dem bezeichneten Wege dem bei Wahl der alternativen Fassung verfolgten Zwecke nach, so werden nicht sehr viele Fälle übrig bleiben, in welchen man sich auf den letzten Retter in der Noth, auf die gesetzliche Entscheidung der Frage angewiesen findet. Aber es gibt solche Fälle, und was hier die Quellen des römischen Rechts bieten, ist nichts weniger als tröstlich.

Im Ganzen herrscht die Ansicht vor, daß zwischen der Erwerbung des Wahlrechts aus Parteifestsetzung und kraft gesetzlicher Vorschrift zu unterscheiden, dort die beschränktere, hier die vollkommnere Wahlbefugniß zu vermuthen sei. [1]). Allein es fehlt nicht an einer abweichenden Ansicht, welche selbst bei dem ausdrücklich verliehenen Wahlrecht auf die Wortfassung gesehen haben will [2]). Auch wird jene Unterscheidung auf den unserer heutigen freieren Auslegung der Willenserklärungen schwerlich entsprechenden Grund gestützt: quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest. Vollends unbrauchbar ist die sprachliche Unterscheidung von volam und voluero. Kurz, die Quellen für die alternative Obligation bieten eine unmittelbare praktisch taugliche Entscheidung der aufgeworfenen Frage nicht. Wir müssen ihretwegen selbst anderwärts zu Borg gehen [3]) und können aus ihr nicht den Anhalt für eine uns fehlende Norm finden.

---

1) Für Stipulationen: l. 138 §. 1 V. O. 45, 1 (Venul.). l. 106 eod. (Javol.). Für Vermächtnisse: l. 84 §. 9 legat. I° (Jul.). l. 11 §. 1 legat. II° (Pomp.).

2) l. 112 pr. V. O. womit wiederum l. 84 §. 9 legat. I° nicht stimmt indem hier der Fassung: „utrum heres meus volet" nicht der von Pomponius unterstellte Sinn beigelegt wird.

3) Eine Zusammenstellung verwandter Entscheidungen bei Demelius a. a. O. S. 31 fg. — Die neueren Gesetzgebungen, welche eine ausdrückliche Vorschrift über den in Rede stehenden Punkt enthalten, schließen den Rücktritt von der einmal getroffenen Wahl aus. Oesterr. bürg. G.B. §. 906.

5.

Im Gegensatz zu der eben erwähnten Unentschiedenheit wird für die Wahl zwischen dem Anspruch auf Vertragserfüllung und dem Rücktritt kraft des kommissorischen Vertrags das Recht zur Aenderung der einmal geäußerten Entschließung sehr bestimmt abgesprochen [1]). Hermogenian und der Verfasser von Fr. Vat. §. 3 bringen den Ausschluß des Rückgriffs unter den Gesichtspunkt eines stillschweigenden Verzichts [2]), eine Erklärung, die gewiß nicht in dem Sinn ernst genommen werden darf, daß überall das Zurückgehen auf die andere Befugniß zu gestatten wäre, wo die Voraussetzungen für die Unterstellung eines Verzichtes fehlen [3]). Mag man diese Auffassung billigen oder verwerfen, die Bedeutung jener gesetzlichen Regelung für die von uns zu lösende Frage bleibt dieselbe und ist um so entscheidender als beide Wahlbefugnisse in naher Verwandtschaft stehen. Ja man kann versucht sein, in der durch die lex commissoria geschaffenen Stellung des Gläubigers geradezu eine Anwendung der hier betrachteten alternativen Ermächtigung zu erblicken. Dem steht jedoch der Umstand entgegen, daß im Gegensatz zu der alternativen Ermächtigung der Gläubiger beim Dasein der Voraussetzungen für den Rücktritt kraft der lex commissoria dem Schuldner die Erklärung abzugeben hat, ob er

---

Sächs. G. B. §. 699. Ebenso der Bayerische Entwurf Art. 260 und der deutsche Entwurf Art. 7. Ueber das preußische Recht vgl. Förster, Theorie und Praxis des preuß. Privatr. Bd. I S. 370 (3. Aufl.)

1) l. 38 pr. de minor. 4, 4 (Paul.). l. 4 §. 2 de lege commiss. 18, 3 (Ulp.). l. 6 § 2 eod. (Scaev.). l. 7 eod. (Hermog.) Const. 4 de pact. inter emt. 4, 54 Fr. Vat. §. 3. 4.

2) Legi commissoriae renuntiatum videtur. Weniger bestimmt weisen auf diesen Gesichtspunkt hin die anderwärts gebrauchten Ausdrücke: videri recessum a commissoria.

3) Uebereinstimmend Demelius S. 33.

die Erfüllung der Verbindlichkeit oder die Auflösung des Schuldverhältnisses wolle [1]).

Wir kommen demnach zu dem Ergebniß, daß bei der alternativen Ermächtigung des Gläubigers die einmal erklärte Entscheidung gegen den Willen des Verpflichteten nicht zurückgenommen werden kann, es müßte denn ersichtlich diese Befugniß dem Gläubiger in einem umfänglicheren Sinn eingeräumt worden sein. Bei Obligationen auf Jahresleistungen kann übrigens das Wahlrecht für jede Jahresprästation neu entstehen, so im Fall der L. 21 §. 6 AEV. 19, 1 [2]) und in dem Eingangs erwähnten Rechtsfall, hier jedoch nur so lange als der Berechtigte sich nicht für die Abfindungssumme erklärt hat.

6.

Die Selbständigkeit der Rechtserscheinung, welche sich alternative Ermächtigung des Gläubigers nenne, und ihren Unterschied von der alternativen Obligation mit Wahlrecht des Gläubigers glaube ich im Vorstehenden dargethan zu haben. Es kann aber der Zweifel aufgeworfen werden, ob die von mir gewählte Bezeichnung Beifall verdiene. Die Rechtfertigung liegt in der mehrfach hervorgehobenen Analogie mit der alternativen Ermächtigung des Schuldners. Indeß: in verbis simus faciles. Wird ein besserer Kunstausdruck vorgeschlagen, ich werde nicht der Letzte sein, der ihn dankbar annimmt.

---

1) l. 4 §. 2 de lege comm. 18, 3: statim atque commissa lex est statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere an potius pretium petere nec posse, si commissoriam elegit, postea variare.

2) Vgl. damit das Erkenntniß in Seuffert's Archiv für oberstrichterl. Entsch. Bd. I Nr. 189.

Im Verlage von **Hermann Dufft** in **Jena** ist erschienen:

Bayerdörffer, A., **Schutzzoll und Freihandel** mit besonderer Bezugnahme auf die deutsche Eisenzollfrage. 1877. 60. gr. 8⁰. brosch. M. 1. 20.

Danz, Dr. Erich, Referendar am Bezirksgericht zu Mittweida, **Die Auctoritas und die Annalis exceptio Italici contractus.** Ein rechtshistor. Versuch. 1876. 33. gr. 8⁰. brosch. M. —. 80.

Dochow, Dr. Adolf, ord. Prof. d. Rechte in Halle, **Die Buße im Strafrecht und Strafproceß.** Ein Beitrag zur Kritik der Entwürfe einer deutsch. Strafproceßordnung. 1875. 59. gr. 8⁰. brosch. M. 1. —.

— — **Strafrechtsfälle ohne Entscheidungen.** Zum academischen Gebrauch gesammelt und herausgegeben. 1875. IV. 154. gr. 8⁰. brosch. M. 3. —.

— — **Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmäßigen Verbrechen.** 1871. 104. gr. 8⁰. brosch. M. 2. —.

Gerber, C. F. v., **Gesammelte juristische Abhandlungen.** 2 Bände. 1872. (I) VI. 212. (II) 490. gr. 8⁰. brosch. à M. 5. —.

— — **System des deutschen Privatrechts.** Zwölfte verbesserte Auflage. 1875. XXXII. 759. gr. 8⁰. brosch. M. 12. —.

Girtanner, Dr. Wilh., **Rechtsfälle zu Puchta's Pandecten.** Für den academischen Gebrauch zusammengestellt und bearbeitet. Vierte, durch neue Beiträge vermehrte Auflage nach des Verfassers Tode besorgt von Dr. **W. Langenbeck.** 1869. X. 537. gr. 8⁰. brosch. M. 6. —.

Hesse, Dr. Chr. A., **Ueber das Wesen und die Arten der Verträge** des heutigen römischen Rechts. Ein Versuch zur Widerlegung der Lehre, daß es im heutigen römischen Recht noch formelle Verträge gebe. 1868. XII. 382. gr. 8⁰. brosch. M. 5. 60.

— — Ger.-Amtm. u. Just.-Rath, **Juristische Probleme.** Drei Abhandlungen: I. Ueber das Geständniß und die Beweislast. II. Ueber die Rechnungslegung und die Abrechnung. III. Ueber den Anerkennungsvertrag und die cautio indiscreta. 1872. VIII. 268. gr. 8⁰. brosch. M. 4. —.

— — **Taschenbuch des gemeinen Civilrechts.** Zweite Ausgabe. 1872. XXIV. 477. 8⁰. brosch. M. 3. —.

Heumann, Dr. H. G., **Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts.** Vierte vermehrte und verbesserte Auflage, herausg. von Dr. **Th. A. Hesse.** 1869. IV. 645. Lex.-8⁰. brosch. M. 9. —.

Ihering, Dr. Rud. v., Geh. Justizrath und Professor der Rechte in Göttingen, **Ueber den Grund des Besitzesschutzes.** Eine Revision der Lehre vom Besitz. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage. 1869. VIII. 224. gr. 8⁰. brosch. M. 4. 50.

Druck von Ed. Frommann in Jena.

Im Verlage von **Hermann Dufft** in Jena ist erschienen:

Ihering, Dr. Rud. v., Geh. Justizr. u. Prof. d. Rechte in Göttingen, **Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen**, zum akademischen Gebrauch bearb. u. herausgeg. Dritte Aufl. 1876. X. 209. 8⁰. M. 4. —.

— — **Die Jurisprudenz des täglichen Lebens.** Eine Sammlung von leichten an Vorfälle des gewöhnlichen Lebens anknüpfenden Rechtsfragen. Zum akademischen Gebrauch bearbeitet und herausgegeben. Dritte vermehrte Auflage. 1877. 72. gr. 8⁰. brosch. M. 1. 20.

Knitschky, Dr. jur. W., **Das Verbrechen des Hochverraths.** 1874. 170. gr. 8⁰. brosch. M. 3. 60.

Koeppen, Dr. Alb., ord. Prof. des röm. Rechts an der Universität Straßburg, **Der Fruchterwerb des bonae fidei possessor.** Zur Lehre von der Pendenz der Rechtsverhältnisse. Festschrift im Namen und Auftrag der Straßburger Juristenfakultät verfaßt. 1872. 108. gr. 8⁰. brosch. M. 3. 60.

Langenbeck, Dr. Wilh., Professor der Rechte in Jena, **Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen.** 1868. VIII. 290. gr. 8⁰. brosch. M. 5. —.

Meyer, Georg, ord. Prof. der Rechte a. d. Univ. Jena, **Das Studium des öffentlichen Rechtes und der Staatswissenschaften in Deutschland.** Akadem. Antrittsrede. 1875. 30. gr. ⁰. brosch. M. 1. 20.

Modderman, Dr. W., Professor zu Groningen, **Die Reception des römischen Rechts.** Autorisirte Uebersetzung mit Zusätzen, herausgegeben von Dr. **Carl Schulz**, Gerichtsassessor. 1875. VI. 128. gr. 8⁰. brosch. M. 2. 40.

Muther, Dr. Th., **Zur Geschichte der Rechtswissenschaft und der Universitäten in Deutschland.** Gesammelte Aufsätze. 1876. VIII. 428. gr. 8⁰. M. 8. —.

Schulz, Carolus, **Speculum Saxonicum num latino sermone conceptum sit?** 1875. 26. gr. 8⁰. brosch. M. 1 —.

Seitz, Dr. K. J., Bez.-Ger.-Rth. in Windsheim, **Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confessorienklage** und damit zur Kritik der herrschenden historischen Rechtsschule (der herrschenden Rechtsdarstellung) im Allgemeinen. Eine Studie vom Standpunkte einer wissenschaftlichen Empirie des positiven Rechtes der Gegenwart und eines gegebenen nationalen Civilrechts in Deutschland, sowie nebenbei eine Replik gegenüber Ernst Imman. Bekker. 1873. XXXIII. 163. gr. 8. brosch. M. 4. —.

Unger, Dr. Jos., **Die Verträge zu Gunsten Dritter.** 1869. 109. gr. 8⁰. brosch. M. 2. 40.

Völker, Dr. jur., **Das praktische Recht des Corpus juris civilis**, (deutsch nach Otto, Schilling und Sintenis) in seinen Beweis- und Belegstellen zu den Pandekten-Lehrbüchern von Arndts, Puchta, von Vangerow und Mühlenbruch. I. Band. 1868. VIII. 380. gr. 8⁰. brosch. M. 4. 50.




Inhalt.

Druck von Ed. Frommann in Jena.

Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Dr. Rudolf v. Jhering
Geh. Justizrath und Professor an der Universität in Göttingen
und **Dr. Joseph Unger.**

In Verbindung

mit

Otto Bähr,
Obertribunalsrath in Berlin
und
Agathon Wunderlich,
Mitglied des Oberappellationsgerichts zu Lübeck.

XVI. Band. 2. Heft.
Neue Folge IV. Band. 2. Heft.

Jena,

Verlag von Gustav Fischer.

Buchdruckerei der Berliner Bürger-Zeitung (C. Collin), in Berlin, Schützenstr. 48.

hat man stillschweigend und unbeachtet hingenommen. Und doch baut sie, wie die Motive zu ihr mit Recht bemerken, unser Prozeßrecht neu vom Fundamente an auf. Für einen großen Theil Deutschlands, für Preußen und alle Gebiete, in denen der gemeine Prozeß bisher die Grundlage des Verfahrens bildet, bringt sie durch die Einführung einer wahrhaften Mündlichkeit und des Prozeßbetriebes eine vollkommene Umwälzung der dem Publikum und den Richtern gewohnten Prozedurformen mit sich. Je geeigneter das mündliche Verfahren durch seine Elasticität für die Findung und Sprechung eines wirklich materiellen Rechtes ist, desto schwieriger ist seine zweckmäßige Handhabung. Diese setzt vor Allem die vollkommene Beherrschung der Prozeßordnung durch die zu ihrer Anwendung berufenen Juristen voraus. Von ihnen wird es wesentlich abhängen, ob das neue Gesetzgebungswerk, welches gegenüber dem bisherigen zersplitterten Rechtszustande ein Gut von hervorragendem ideellem Werthe ist, auch materiell als ein solches vom rechtssuchenden Publikum empfunden werden wird. Wir haben das Zutrauen zu unserem Richterstande, daß er sich nicht nur der Schwierigkeit seiner Aufgabe gewachsen zeigen, sondern auch dieselbe in voller Würdigkeit ihrer großen Bedeutung mit Hingebung erfüllen wird.

Das erste Erforderniß, die nothwendigste Ausrüstung dafür ist ein gründliches Studium der neuen Prozeßordnung. Für dasselbe bildet der vorliegende Kommentar ein werthvolles und nützliches Hülfsmittel. Der Charakter des Kommentars ist der einer klaren, knappen aber ausreichenden Erörterung der Bestimmungen der einzelnen Paragraphen, sowohl nach ihrer inneren Bedeutung als auch ihrem Verhältniß im ganzen System und zum bisherigen Rechte. Bei denjenigen Prozeßinstituten, welche aus dem bisherigen Rechte herübergenommen worden sind, und der Natur der Sache nach, wie z. B. die Lehre vom Gerichtsstande, der Prozeßfähigkeit, nur einzelne Umgestaltungen zu erfahren brauchten, wird überall der Zusammenhang mit der bisherigen Prozeßrechtswissenschaft festgehalten und diese für die Erfassung des neuen Rechtes verwerthet. Endlich haben sich die Verfasser von der jetzt leider sehr üblichen Methode der unvermittelten Herübernahme der Materialien nicht nur ferngehalten, sondern diese in sehr geschickter und gesicherter Weise in ihren Erläuterungen benutzt.

Wenn in der Vorrede hervorgehoben wird, daß erst der weitere Lebensweg des Gesetzes dem Kommentar reicheren Stoff zuführen werde, falls er sich überhaupt als lebensfähig erweise, so glauben wir unsererseits dieser Bemerkung mit gutem Recht die Wendung geben zu können, daß der Charakter des vorliegenden Kommentars seine Lebensfähigkeit verbürgt und seinerseits dem Gesetze bei seinem Eintritt in das Leben den Weg wesentlich erleichtern wird.

Strafprozeßordnung nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz und den auf das Strafverfahren bezüglichen Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze. Mit Kommentar von

E. Löwe,

Appellationsgerichtsrath zu Frankfurt a. d. O.

Erste — dritte Lieferung Mark 7,20.

Das Werk bietet in der Form von Anmerkungen zu dem Gesetzestext eine eingehende Erläuterung der Strafprozeßordnung und aller das Strafverfahren betreffenden reichsgesetzlichen Vorschriften, unter Berücksichtigung der Motive und der Verhandlungen der Reichstagskommission und des Reichstages.

Der Strafprozeßordnung vorausgeschickt ist das Gerichtsverfassungsgesetz; dasselbe ist insoweit erläutert, als seine Bestimmungen eine Bedeutung für das Strafverfahren haben.

Das Werk wird in 7 Lieferungen erscheinen und im Jahre 1878, mithin schon längere Zeit vor dem Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze zum Abschluß kommen.

Eine die Entstehungsgeschichte der Strafprozeßordnung und die Prinzipien derselben behandelnde Einleitung wird der Schlußlieferung beigefügt werden.

Der Verfasser hat an der Ausarbeitung des Entwurfs der Strafprozeßordnung theilgenommen.

IV.

Der unlösliche Kreislauf in l. 16 D. qui pot. 20. 4 und die actio utilis communi dividundo.

Vom

Kreisrichter Voß in Bergen.

In der Auslegung von l. 16 D. qui pot. 20. 4 (Paulus lib. III Quaest.):

Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutychianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori; quum Eutychiana de jure suo doceret, superata apud judicem a tertio creditore non provocaverat, Turbo apud alium judicem victus appellaverat; quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonum superare deberet, qui primam creditricem, an ea remota Turbo tertium excluderet? Plane quum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum ejus substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit; fuerunt igitur, qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiorem esse debere; mihi nequaquam hoc justum esse videbatur. Pone, primam creditricem judicio convenisse tertium creditorem et exceptione aliove quomodo a tertio superatam; numquid adversus Tur-

bonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei judicatae uti potest, aut contra, si post primum judicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium obtinuerit, poterit uti exceptione rei judicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in ejus locum, quem exclusit, nec inter alios res judicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praejudicio prioris sententiae totum jus alii creditori integrum relinquitur

ist nach langem Streit die Erkenntniß zu einer wenn auch nicht überall, so doch ziemlich allgemein zugestandenen Herrschaft gelangt, daß

1) durch die rechtskräftige Entscheidung des Prioritätsstreits zwischen dem ersten Gläubiger (A) und dem dritten (C) zu Gunsten des letzteren eine hypothekarische Succession **nicht** begründet werde,
2) C gegen A, wenn dieser von Neuem (etwa in Folge des Umstandes, daß B, der zweite Gläubiger, den C und A wiederum den B überwunden hat) in den Besitz der Pfandsache gelangt ist, auf Grund seines eignen (des C) Pfandrechts auf Herausgabe gegen A klagen, und, wenn A sein besseres Pfandrecht vorschützt, diesen Einwand mit einer replica rei judicatae zurückschlagen kann,
3) wenn B dem C und A dem B gegenüber als besser berechtigte Pfandgläubiger anerkannt sind, das Spiel der Pfandklagen in unendlicher Wiederholung sich fortspinnen kann.

Die Richtigkeit der ausgesprochenen Sätze wird freilich weniger dadurch verbürgt, daß sie über die Stelle volles Licht verbreiten, als dadurch, daß sie das Geständniß enthalten, wie wenig für die Erklärung der Stelle mit ihnen gewonnen ist.

Sie schließen mit einem Räthsel ab: es erscheint undenkbar, daß das Recht eine unendliche Aufeinanderfolge von Pfandklagen in einer begrenzten Zahl von Pfandgläubigern zugelassen haben soll, ohne zugleich ein Gegenmittel an die Hand zu geben.

Es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß Paulus über die Natur dieses Gegenmittels durchaus im Klaren gewesen sein muß. Seine Ausführung bewegt sich auf anscheinend so festgefügten Grundlagen, daß schlechterdings nicht angenommen werden kann, er habe das Rechtsverhältniß nicht bis in seine äußersten Folgen sicher beherrscht. Er hat den Zirkel nicht etwa übersehen, er hat ihn vielmehr unerwähnt gelassen, weil derselbe für ihn, wenigstens im praktischen Sinne, nicht bestand. Eine leichte und sichere Lösung des Zirkels ist also für Paulus selbstverständliche Voraussetzung gewesen. Wird dies zugegeben, so muß die Lösung auch noch heute möglich sein. Ihre Selbstverständlichkeit ist uns freilich abhanden gekommen. Nichtsdestoweniger wird als Prüfstein für die Richtigkeit angestellter Lösungsversuche die Forderung festzuhalten sein, daß das gebotene Mittel leicht faßlich und ungezwungen aus der Sachlage sich ergebe.

Den meisten Beifall hat bisher die unter anderen auch von Dernburg[1]), Windscheid[2]) und Arndts[3]) getheilte Annahme gefunden, daß der Zirkel lediglich durch Ausübung des jus offerendi gesprengt werden könne.

Dernburg a. a. O. bemerkt hierüber:

„Die Lösung dieser Verwickelung scheint uns am Einfachsten so zu geschehen, daß Sekundus [B] dem Primus [A] offerirt und damit das Urtheil mit seinem störenden Einfluß be-

1) Pfandrecht Bd. II. S. 466 f.
2) Pand. §. 247 Anm.
3) Pand. §. 387 Anm.

seitigt... Sekundus aber wird, wie es scheint, seinen Vorzug vor Tertius in folgender Weise rechtfertigen: „„ich habe in dem Augenblicke, als mir der Schuldner die zweite Hypothek konstituirte, zugleich das Recht erworben, meine Hypothek durch Abzahlung an den Primus zu konsolidiren. Diese Befugniß kann mir durch keine spätere Machenschaft (?) zwischen Primus und Tertius, durch keinen Prozeß, an dem ich nicht theilgenommen, entzogen werden. Ich kann folglich das Recht des Primus in der Art, wie es im Momente der Errichtung der Hypothek bestand, an mich ziehen. Es soll ja meine Stellung durch den Prozeß zwischen Primus und Tertius nicht geändert, nicht verbessert, aber auch nicht verschlechtert werden. Hierzu gehört aber wesentlich, daß mir das jus offerendi bleibe, die Quintessenz meines Rechtes. Dem Tertius kann ich nun keinenfalls offeriren, denn hierdurch würde ich zwar diesen, nicht aber den Vorzug des Primus entfernen. So bin ich des Oblationsrechtes beraubt, also im höchsten Grade in meinen Rechten gekränkt."" Auf diese Weise wird Sekundus mit Erfolg den Tertius zurückweisen, der sich ihm gegenüber auf das mit dem Primus erfochtene Urtheil als formelle Wahrheit berufen will. Jenes Urtheil ist durch die Oblation matt gesetzt."

Gegen diese Darstellung läßt sich einwenden, daß sie ohne Noth den Schein annimmt, als wolle sie dem, auch von Dernburg anerkannten Grundsatze „nec inter alios res judicata alii prodesse aut nocere solet" widersprechen [1]). Dernburg geht von der Voraussetzung aus, daß B gegen einen an sich begründeten Angriff des C durch Berufung auf sein Oblationsrecht sich vertheidigen müsse; er nimmt also, wie es scheint, an, daß B, wenn er von seinem Oblationsrechte keinen Ge-

1) In den oben mit gesperrtem Druck ausgezeichneten Worten.

brauch macht oder die Befugniß hierzu (etwa durch freiwilligen Verzicht oder gegnerischerseits ihm abgenöthigte Erklärung) verloren hat, dem zwischen A und C ergangenen Urtheile sich unterwerfen muß. Bleibt man bei dem Grundsatze stehen, daß die rechtskräftige Entscheidung nur zwischen den Parteien Wirksamkeit findet, so kann man als den unmittelbaren Gegner, gegen den B durch Berufung auf sein Oblationsrecht sich zu schützen hat, nicht C, sondern lediglich den A bezeichnen. Offerirt B diesem, so zerstört er nach Dernburg's Theorie von der hypothekarischen Succession dessen Pfandrecht und tritt mit einem neuen gleichwerthigen Pfandrechte von gleichem Range an die Stelle des untergegangenen. Erst hierdurch, also durch die wirksam erfolgte Ausübung des Oblationsrechts, beseitigt B mittelbar auch das Recht des C und führt so die Lösung des Zirkels herbei. C ist dem neuen Pfandrechte gegenüber machtlos, denn nicht gegen dieses hat er einen Vorzug erstritten, sondern gegen das Pfandrecht des A, welches nicht mehr besteht. Trotz des dem C gegen A zuerkannten Vorzugsrechtes kann B durch Oblation an A dessen Pfandrecht frei von Ansprüchen des C an sich bringen, wofern er nur beweist, daß der Rang seines neu erworbenen Pfandrechtes wirklich besser ist, als der des C. Dieser letztere vermag nur vor der drohenden Oblation sich zu schützen, wenn es ihm gelingt, auf Grund des gegen A erstrittenen Erkenntnisses einen Arrestschlag auf die Pfandforderung des A auszuwirken. In Folge eines solchen würde B genöthigt, die Oblationssumme (heutzutage gerichtlich) zu hinterlegen, da er zwar berechtigt ist, so zu offeriren, daß der Schuldner des A schlechthin frei wird, nicht aber so, daß die dem A geschuldete Leistung diesem ausschließlich zu Gute komme. Dem C bliebe alsdann überlassen, den Streit über die hinterlegte Oblationssumme mit A auszutragen.

Anders gestaltet sich die Sache, wenn man auf den Boden

der Ansicht sich stellt, daß durch die Oblation das alte Pfandrecht nicht zerstört, sondern, gleichviel in welcher Form, auf den Offerenten übertragen werde. Zwar kann auch unter dieser Voraussetzung B als Rechtsnachfolger in die Stelle des A einrücken, da C durch das gegen letzteren erstrittene Urtheil nicht Rechtsnachfolger desselben wird. So wenig aber nun C auf seinen gegen A erfochtenen Sieg den unmittelbaren Vorzug vor dem an sich A nachstehenden Pfandrechte des B gründen kann, so sicher muß B als Offerent es sich gefallen lassen, daß C in Betreff des auf ihn (B) übergegangenen Pfandrechtes des A sein obsiegliches Urtheil zur Geltung bringt. B hat also von der Oblation an A keinen Nutzen, denn durch diese wird das von C erstrittene Erkenntniß seiner Wirksamkeit nicht beraubt. Durch die Oblation an C erzielt er allerdings einen solchen Erfolg, aber mehr zu Gunsten des A, als zu seinen eigenen. Dem entsprechend empfehlen diejenigen Schriftsteller, welche die Fortdauer des alten Pfandrechts annehmen, dem C die Oblation an B oder die Verständigung mit A — eine Maßregel, welche C für um so viel überflüssiger halten wird, je mehr er auf der Durchführung seines urtheilsmäßig festgestellten Rechts bestehen zu können glaubt.

Die Ausübung des jus offerendi kann also zur Lösung des Zirkels führen. Indeß ist hierbei doch auf den guten Willen derjenigen gerechnet, denen man die Oblation zumuthet. Ist das Pfand nur für eine der drei Pfandforderungen zulänglich, für jede von den beiden anderen außerdem nur zum Theil oder gar nicht, dann wird die Oblation von selber unthunlich.

Der gebotene Ausweg stützt sich überhaupt nicht auf Gründe rechtlicher Nothwendigkeit, sondern auf Gründe der Zweckmäßigkeit. Erkennt man jenen Ausweg als den einzigen an, so räumt man hiermit ein, daß eine Lösung des Zirkels auf

dem Wege juristischen Denkens überhaupt nicht gefunden werden könne.

Hierbei darf man sich aber schwerlich beruhigen. Immer wieder wird man von einem derartigen Eingeständnisse ab zu erneuerter Prüfung sich kehren müssen, ob man die Ausführung des Paulus richtig aufgefaßt, ob man ihre Folgesätze richtig und erschöpfend entwickelt habe?

Die nachstehenden Bemerkungen dürften, selbst wenn sie nicht einwandlosen Beifall finden sollten, doch zeigen, daß in dieser Beziehung noch Manches zu thun übrig geblieben ist.

Der von Paulus vorgetragene Fall ist gewiß kein Beispiel regelmäßiger Rechtsdurchführung. Er ist nur unter der Voraussetzung möglich, daß das Pfandrecht des A von dem ersten Richter dem C gegenüber materiell unrichtig gewürdigt worden ist. Auf die Ursachen dieser unrichtigen Würdigung kommt es nicht weiter an, sie können in einem Irrthum des Richters, sie können in fehlerhaftem Vorbringen des Pfandgläubigers oder auch darin liegen, daß derselbe den Richter von dem behaupteten besseren Pfandrechte nicht hat überzeugen können, weil die erforderlichen Beweismittel nicht zur Hand waren.

Die sachliche Unrichtigkeit, welche der Entscheidung über den Prioritätsstreit zwischen A und C anhaftet, ist an und für sich allein genommen an der Entstehung des Zirkels nicht schuld. Dieser verdankt sein Dasein vielmehr dem Umstande, daß die unrichtige Bestimmung des zwischen A und C bestehenden Verhältnisses mit den richtig bemessenen Verhältnissen zwischen A und B, sowie B und C nicht in praktische Uebereinstimmung zu bringen ist — historisch betrachtet dem Ereignisse, daß die Verhandlung der zwischen den Gläubigern vorhanden gewesenen Prioritätsstreitigkeiten vor verschiedenen Richtern stattgefunden hat. Wären die sämmtlichen Streitpunkte in einem einheit-

lichen Verfahren vor einem und demselben Richter zur Erörterung gekommen, dann wäre ein solcher Zirkel nicht möglich gewesen. Hätte A den wirklichen Vorzug seines Pfandrechtes nicht zur Geltung gebracht, dann wäre er gleichmäßig dem C wie dem (dem C vorgehenden) B gegenüber im Nachtheil, B also der erste Gläubiger gewesen. Hätte B das Vorrecht des A anerkannt, dasjenige des C aber bestritten, dann würde in diesem einheitlichen Verfahren nichtsdestoweniger B so gestellt werden müssen, als hätte er auch das Vorrecht des A bestritten, wenn A dem C gegenüber nicht durchzudringen vermag. Es gibt keinen andern Ausweg, wenn man das Geständniß, welches B gegenüber dem A abgegeben hat, nicht entweder zum Nachtheil des C als wirksam behandeln oder zum Nachtheil des B in erweiterter Auslegung anwenden will.

Nun können die Gläubiger ein solches einheitliches Prioritätsverfahren, als welches eine bessere Gewähr für sachlich richtige Entscheidung der Prioritätsstreitigkeiten abgibt, dadurch herstellen, daß sie sich sämmtlich bei einem und demselben Richter einlassen. Es fragt sich aber, ob sie hierzu aus irgend einem Rechtsgrunde schuldig sind?

Die Rangordnung von Pfandgläubigern läßt sich unter einer Zahlenfolge darstellen, in welcher, soweit nicht ausnahmsweise Gleichstellung vorliegt, stets der durch die niedrigere Zahl bezeichnete Gläubiger dem unter einer höheren Zahl angesetzten vorgeht. Eine solche Zahlenfolge ist aber nur dann zu finden, wenn die Vorrechte der einzelnen Gläubiger sich so zu einander verhalten, daß jeder einzelne Gläubiger *allen* ihm vorgesetzten nachsteht, *allen* ihm nachgesetzten vorgeht. Nur dann kann von einer eigentlichen Rang*ordnung* unter den Gläubigern gesprochen werden. Lassen die Gläubiger sich so nicht ordnen, dann ist wohl eine mehr oder weniger übersichtliche Zusammenstellung von Rangverhältnissen erreichbar, aber das beziehent-

liche Vorrecht der einzelnen Gläubiger vor einander, also die Ordnung, in welcher sie Befriedigung zu erwarten haben, kann nicht durch eine und dieselbe Zahlenfolge dargestellt werden. Gewinnt man nun auch durch Untervertheilung einzelner Pfandposten nach Spezialrangordnungen schließlich eine Folge, in welcher die Gläubiger zur Hebung kommen, so ist doch diese Ordnung nicht auf absoluter, für alle Gläubiger gleichmäßig geltender Grundlage, sondern durch Vereinigung von mehreren relativ, von gewissen Gesichtspunkten aus, gültigen Rangordnungen hergestellt worden.

Eine so zusammengesetzte Rangordnung kann nicht durchweg die vom Rechte gestellte Aufgabe erfüllen, allen Gläubigern gleichmäßig gerecht zu werden; sie führt stets zur Bevorzugung einzelner Gläubiger zum Nachtheile einzelner anderer Gläubiger, welche den Bevorzugten ihre Stelle abtreten und statt dessen mit der minder günstigen ursprünglichen Stellung der Sieger sich begnügen müssen.

Es ist eine Forderung der Gerechtigkeit, daß die Normen, nach denen die Rangordnung von Pfandgläubigern sich bestimmt, die Aufführung derselben in einer einheitlich gebildeten Zahlenfolge zulassen. Es muß demnach jede konkrete Rangordnung, welche unter richtiger Anwendung der Rechtsvorschriften aufgestellt ist, eine logische Einheit bilden. Eine solche ergibt sich ohne Schwierigkeit, wenn die Rangordnung unter allen Gläubigern in einem einheitlichen Verfahren durch Erkenntniß festgestellt wird; sie muß aber auch dann hervortreten, wenn die einzelnen Prioritätsstreitigkeiten in verschiedenen Prozessen und vor verschiedenen Richtern abgeurtheilt werden. Ist dies nicht der Fall, dann ist sicher anzunehmen, daß in einer der Einzelentscheidungen das materielle Recht verletzt worden ist.

Aber diese logische Einheit ist noch nicht ohne Weiteres eine juristische. Wollte man die Rangordnung unter den bei einem

Pfande betheiligten Pfandgläubigern als eine juristische Einheit auffassen, dann wäre man genöthigt, dieselbe der Entscheidung in Einzelprozessen — wenigstens grundsätzlich — zu entziehen. Die Prioritätsstreitigkeiten würden sich den Theilungsklagen nähern, welche bei demselben Richter für und gegen alle verhandelt werden können, in denen jeder Betheiligte zugleich Kläger und Beklagter ist.

Das Gemeine Recht hat diesen Weg nicht eingeschlagen. Prioritätsstreitigkeiten sind der Verhandlung zwischen Einzelparteien fähig; die Gesammtrangordnung, welche die Verhältnisse aller Gläubiger zu einander in fortlaufender Nummernfolge darstellt, ist nur eine abgekürzte Zusammenfassung aller einzelnen Rangverhältnisse. Unter Anwendung des mathematischen Zeichens $>$ (größer als) zur Hervorhebung des besseren Pfandrechts läßt diese Verwandlung auf einfache Weise sich anschaulich machen. Man setzt $a > b > c$ für $a > b$, $a > c$, $b > c$. Nun ist die Rangordnung $a > b > c$ nur bei der eben vorausgesetzten Bestimmung der einzelnen Prioritätsverhältnisse möglich, nicht aber dann, wenn, wie in dem auf Grundlage unserer Digestenstelle gebildeten Beispiele, die Einzelverhältnisse in den Formen $a > b$, $b > c$, $c > a$ auszudrücken sind. Die Rangordnung $a > b > c$ ist also dadurch bedingt, daß die einzelnen Prioritätsverhältnisse zu einander logisch einheitlich sich verhalten, und sie ist aus diesem Grunde selbst eine Einheit im logischen Sinne. Nichtsdestoweniger ist sie im Sinne des Civilrechts ein bloßes Aggregat einzelner Prioritätsverhältnisse, denn sie beherrscht die Einzelverhältnisse nur in soweit, als sie eine Probe ihrer materiellen Richtigkeit abgibt, nicht auch so, daß von der logischen Uebereinstimmung der Prioritätsbeziehungen unter einander die Rechtsgültigkeit der letzteren abhängt. Nur hieraus erklärt es sich, daß Verwickelungen, wie die auf Grund der l. 16 cit. vorausgesetzte, entstehen können.

Das Ergebniß wird auch dann kein anderes, wenn sämmtliche bei einem Prioritätsstreite betheiligten Gläubiger in einem und demselben Prozeßverfahren vor einem Richter sich einlassen. Hier liegt immer eine Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten vor, welche nicht, wie die Theilungsklagen, kraft einer in dem Gemeinschaftsverhältnisse liegenden Nothwendigkeit, sondern lediglich aus äußeren Gründen der Zweckmäßigkeit und Bequemlichkeit zu einem einzigen Verfahren zusammengefaßt, gleichzeitig eingeleitet, verhandelt und entschieden werden.

Während bei den Theilungsklagen das Gericht zur verbundenen Verhandlung der Einzelstreitigkeiten verpflichtet ist, wird die gemeinschaftliche Verhandlung von Prioritätsstreitigkeiten nur durch das — von Zweckmäßigkeitsgründen geleitete — richterliche Ermessen bestimmt. Während bei den Theilungsklagen nothwendig jeder der Betheiligten Kläger und Beklagter gegen alle übrigen ist, können bei verbundenen Prioritätsstreitigkeiten ein oder mehrere Kläger beziehungsweise mehreren oder einem Beklagten gegenüberstehen, ohne daß die einzelnen Kläger, die einzelnen Beklagten unter einander wiederum im Verhältniß von Gegenparteien stehen müssen.

Das Konkursverfahren insbesondere besteht in der prozessualischen Zusammenfassung aller zur Zeit vorhandenen Ansprüche an das Vermögen des Gemeinschuldners und leistet also im Großen dasselbe, was die vereinigte Verhandlung von Prioritätsstreitigkeiten über ein einzelnes Pfandobjekt in engeren Umrissen darbietet. Nur gehört die Verbindung der Einzelansprüche im Konkursverfahren dem positiven Prozeßrecht, d. h. Grundsätzen des öffentlichen Rechts an, denen die einzelnen Gläubiger sich unterwerfen müssen. Das Klassifikationserkenntniß (Lokationsbescheid) bildet eine Einheit im Sinne des Prozeßrechts; es ist eine einheitliche Handlung des Gerichts, ergeht zwischen allen Gläubigern einerseits und dem Kontradiktor

andrerseits als Parteien, und darf sich nicht selber widersprechen. Dagegen setzt das Konkurserkenntniß eine materielle Gemeinschaft unter den zusammengefaßten Ansprüchen weder voraus, noch bildet es eine solche. Dies ist unzweifelhaft, wenn es um die Verität von Ansprüchen sich handelt, gilt aber auch für das Prioritätsurtheil und tritt insbesondere alsdann klar hervor, wenn es zu Appellationsprozessen kommt. Wenn einzelne Liquidanten die Priorität einzelner Liquidanten im Wege der Berufung anfechten, so machen sie Beschwerdepunkte geltend, die einer ganz selbständigen Behandlung in der Rechtsmittelinstanz fähig sind. Hierbei ist nach herrschender und unbezweifelter Praxis [1]) kein Gläubiger schuldig, die Anfechtung eines vorlozirten Gläubigers auch auf die zwischen ihm und dem Angegriffenen eingeschobenen (intermedii) Gläubiger zu erstrecken. Er kann sich mit der Anfechtung jenes Vorlozirten begnügen, das Rechtsmittel darf nicht aus dem Grunde zurückgewiesen werden, weil es nicht auch gegen die Zwischengläubiger gerichtet ist, und die Durchführung des Rechtsmittels berührt die rechtskräftig gewordenen Vorzugsrechte dieser letzteren nicht. Hieraus kann allerdings für den Vorlozirten ein bedeutender Nachtheil erwachsen. Wird er von einem nachgesetzten Gläubiger besiegt, welcher in der Reihenfolge von ihm durch Zwischengläubiger getrennt ist, so muß der erstere, soweit der Sieger aus seiner Stelle Befriedigung verlangt, mit der Befriedigung aus der eignen schlechteren Stelle des Siegers vorlieb nehmen und insofern hinter die Zwischengläubiger zurücktreten, denen gegenüber sein Vorzugsrecht inzwischen rechtskräftig geworden ist. Wären hingegen auch die Zwischengläubiger angegriffen und besiegt worden, so würde der Vorlozirte mit allen Zwischengläu-

---

1) Bayer, Konkursprozeß §. 67 Anm. 6 (Seite 187 der 4ten Aufl.), Erkenntniß des OTrib. zu Stuttgart bei Seuffert IV, 198, vgl. auch Erkenntniß des OAG. zu Berlin bei Seuffert XXVI, 203.

digern, also nur um den Werthbetrag der Pfandstelle des Siegers zurücktreten. Diese Erwägung kann indeß nicht dahin führen, daß man den einzelnen Liquidanten nöthigt, nicht nur den einzelnen vorlozirten Gläubiger anzugreifen, den zu besiegen er ein Interesse hat, sondern auch die Zwischengläubiger, gegen die er den Kampf ohne eignes Interesse aufnehmen würde. Die dargestellte Benachtheiligung des Vorlozirten ist vielmehr nur ein Beweis für die Mangelhaftigkeit eines Konkursverfahrens, welches die Vertretung der Prioritätsansprüche der Gläubiger in erster Instanz lediglich der hierzu nicht berufenen Hand des Kontradiktors anvertraut.

Von dem Ausgeführten weicht Dernburg[1]) ab, welcher das Prioritätserkenntniß als eine „juristische Einheit" auffaßt.

Dernburg spricht sich folgeweise dahin aus, daß

1) wenn der Letztlozirte den Vorzug des Ersten angreife auf einen Grund hin, der, seine Wahrheit vorausgesetzt, auch den in der Mitte stehenden Kreditoren zu Gute kommen werde, der Sieg des Appellanten jenen zu Gute kommen müsse, weil die Lokation als una eademque causa aufzufassen sei,
2) wenn der Letztlozirte den Ersten auf Grund eines Privilegs angreife, welches ihn nicht nur dem Ersten gegenüber, sondern auch den in der Mitte stehenden Kreditoren gegenüber bevorzugen würde, der Appellat berechtigt sei zu verlangen, daß die Appellation nicht nur gegen ihn, sondern auch gegen die in der Mitte stehenden Kreditoren gerichtet werde.

Die unter Nr. 1 gewährte Erstreckung des vom Appellanten erstrittenen Vortheils auf die unthätig gebliebenen Zwischengläubiger widerspricht dem Grundsatze der formellen Rechts-

1) Pfandrecht Bd. II. S. 470.

kraft in Bezug auf den nicht angefochtenen Theil des Prioritätsurtheils und dem Satze, daß res judicata nur unter den Parteien wirke, in Betreff des Berufungsurtheils. Die unter Nr. 2 dem Appellanten auferlegte Verpflichtung nöthigt diesen, im Interesse des ersten Gläubigers gegen die Zwischengläubiger thätig zu werden und ist schon aus diesem Grunde undurchführbar. Das Bedenkliche, was die von Dernburg gezogenen Folgerungen an sich haben, weist übrigens schon selbst darauf hin, daß die Prämisse derselben, nämlich die juristische Einheit des Prioritätsurtheils, in dem von Dernburg unterstellten materiellen Sinne nicht aufrecht erhalten werden kann.

Die Einheit des Prioritätsurtheiles ist also bloß im prozessualischen Sinne zu nehmen, sie ist ohne Bedeutung für die civilrechtliche Stellung der einzelnen Rangverhältnisse unter einander. Ist dies der Fall, so läßt sich ein Recht des einzelnen Gläubigers auf Feststellung der Rangordnung in einem einheitlichen Verfahren weder an und für sich, noch aus dem Gesichtspunkte zu besorgender unlöslicher Verwirrung begründen.

Wäre ein solches Recht aber auch vorhanden, so wäre hiermit die Gefahr eines Zirkels dennoch nicht vollständig beseitigt. Nähme man an, in dem mehrfach benutzten Beispiele habe der erste Gläubiger, indem er sein Recht nicht vorschützte und es zu einem Einzelprozeß kommen ließ, um die Aussicht auf Befriedigung an erster Stelle sich gebracht, so möchte hierin ein Grund gefunden sein, mit welchem der erste Gläubiger sich zufrieden geben muß, keineswegs aber ein solcher, welcher den Interessen des zweiten Gläubigers gerecht wird. Gesteht der dritte dem zweiten die Befriedigung aus dem Pfande zu, wie wenn der zweite nur den ersten vor sich habe, so wäre freilich der zweite zufrieden gestellt. Will aber der dritte auf Grund des wider den ersten Gläubiger erfochtenen Sieges sein Vorrecht schlechthin

gegen den zweiten durchsetzen, so ist, wenn letzterer widerstrebt, der Zirkel nicht gehoben.

Vorbeugende Mittel verheißen keinen Erfolg, der vorhandene Zirkel bedarf der Lösung.

Von vorn herein ist klar, daß auf rein logischem Wege diese Lösung nicht gefunden werden kann. Das mehrbetrachtete Beispiel beruht auf der Voraussetzung, daß die logische Einheit der Gesammtrangordnung durch die Unvereinbarkeit der Einzelentscheidungen eben so unwiederbringlich zerstört worden, als die Rechtskraft der Einzelentscheidungen unumstößlich ist. Soll die Vertheilung des Pfanderlöses in einer Ordnung erfolgen, so kann dies, von freiwilliger Verständigung der Betheiligten abgesehen, nur so geschehen, daß eine für alle verbindliche neue Rangordnung durch Richterspruch geschaffen wird. Ob diese Ordnung mit oder ohne Berücksichtigung des materiellen Inhaltes der rechtskräftigen Vorentscheidungen festgestellt wird, ist eine zweite Frage. Zunächst kommt es darauf an, die Legitimation des Richters zur abermaligen Entscheidung bereits entschiedener Prioritätsstreitigkeiten gegenüber dem Grundsatze des „ne bis in idem" zu rechtfertigen. Dernburg[1]) scheint geneigt, die Verletzung dieses Grundsatzes lediglich im Interesse höherer Gerechtigkeit zuzugeben; dawider hat sich Windscheid[2]) ausgesprochen. Allerdings dürfte es sich empfehlen, bevor man einen so wichtigen Grundsatz, wie das ne bis in idem, aufgibt, zunächst zu untersuchen, inwiefern der Richter durch Aufstellung einer neuen Rangordnung jenen Grundsatz wirklich, nicht bloß dem äußeren Anscheine nach, verletze?

Gewiß ist, daß eine nochmalige Wiederholung der Einzelprozesse dem „ne bis in idem" widersprechen würde. Gilt das-

1) a. a. O. S. 469.

2) Pand. §. 247 Anm.

selbe auch von der Aufstellung einer für alle Betheiligten verbindlichen Gesammtrangordnung?

Die Verhältnisse liegen — darüber kann ein Zweifel nicht bestehen — nach eingetretener Rechtskraft der Einzelentscheidungen, durch welche die logische Einheit der Gesammtrangordnung zur Unmöglichkeit geworden ist, anders als vorher. So lange jene Entscheidungen noch nicht eingetreten waren, konnten die drei Gläubiger A, B, C zu einem gemeinschaftlichen Prioritätsverfahren sich vereinigen aus Gründen der Zweckmäßigkeit oder Bequemlichkeit. Jetzt, wo die widersprechenden Einzelentscheidungen Verwirrung in die Rangbeziehungen aller drei Gläubiger hineingebracht haben, kann Ordnung unter ihnen nur unter Mitwirkung aller hergestellt werden. Diese Ordnung zu schaffen, die entstandene Verwirrung zu beseitigen, das allein kann der Zweck des neuen Richterspruchs sein, wenngleich derselbe zu seinem Ziele nicht anders gelangen kann, als durch nochmalige Prüfung rechtskräftig entschiedener Rangverhältnisse. Diese Prüfung ist aber alsdann nicht Selbstzweck, wie in den Einzelentscheidungen, sondern nur das Mittel, der Zweck ist die Herstellung einer neuen Ordnung an Stelle der unmöglich gewordenen logischen Reihenfolge der Pfandrechte. Hieraus folgt, daß, wenn ein Recht auf Herstellung einer neuen Ordnung besteht, die Feststellung dieses Rechtes dem Grundsatze „ne bis in idem“ nicht widerspricht. Eine neue Frage, mit neuem Endzweck und neuen Gesichtspunkten, nicht die bereits rechtskräftig abgeurtheilte Frage würde der Entscheidung unterliegen.

Es fragt sich also: besteht unter den Betheiligten ein Recht auf Herstellung dieser neuen Ordnung? Die Frage ist zu bejahen, wenn die neue Entscheidung die Bedeutung einer Adjudikation, das Verfahren die Natur eines Theilungsverfahrens haben; wenn also das Verhältniß der im Zirkel stehenden Gläu-

biger als eine Gemeinschaft (juris quasi communio) aufgefaßt werden kann.

Die Quellen schweigen gänzlich über die Anwendbarkeit des Theilungsverfahrens auf diesen Fall. Der allgemein in l. 7 §. 6 D. comm. div. 10. 3 ausgesprochene Satz „si duo sint, qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse, utile communi dividundo judicium dari" paßt im rein wörtlichen Verstande auch auf unser Beispiel — sachlich aber doch nur unter der Voraussetzung, daß das Bedürfniß der Theilungsklage, daß die Rechtsgemeinschaft unter den Pfandgläubigern schon anerkannt ist. Ueber die etwaige Rückwirkung des Zirkels auf die unter den einzelnen Pfandgläubigern bestehenden Rechtsverhältnisse besitzen wir nicht die geringste Andeutung. Wunder darf dies nicht nehmen. Der Zirkel selbst ist ja nicht eine quellenmäßige Ueberlieferung, er beruht vielmehr auf folgerungsweiser Weiterentwickelung des in der gedachten Stelle vorgetragenen Falles. Durch nichts wird darauf hingewiesen, daß das Interesse, welches Paulus an der Besprechung des vorliegenden Thatbestandes hatte, über die unmittelbar erörterte Rechtsfrage — das Verhältniß der rechtskräftigen Entscheidung zu der in locum dimissi successio — hinaus sich erstreckt hat.

Dernburg[1]) bemerkt mit Recht, daß mehrere Pfandgläubiger, welchen die Pfandsache in solidum verpfändet wurde, der Natur der Sache nach in keiner Gemeinschaft stehen.

„Jeder hat hier unabhängig vom andern ein ausschließliches Recht, der Besitz gibt einen Vorzug. Man könnte hiergegen anführen, daß, wie die Quellen ausdrücklich bezeugen, auch mehrere prätorische Pfandgläubiger, ja selbst — merkwürdigerweise — zwei Frauen, die ventris causa für die Dauer ihrer Schwangerschaft eingewiesen sind, ein

1) Pfandrecht Bd. II. S. 393.

Theilungsjudizium begehren können ...... Allein es sind diese Immissionen so aufzufassen, daß zwar der Legatar, die schwangere Frau zunächst in solidum immittirt werden; indeß mit dem Beding, daß durch die Konkurrenz eines später auf gleichen Grund hin eingewiesenen das ursprünglich zugewiesene Recht auf einen entsprechenden ideellen Theil dekreszirt. Aus diesem Verhältniß kann also nicht geschlossen werden, daß ein Theilungsjudizium unter solidarisch berechtigten Pfandgläubigern möglich war."

Nun ist aber die solidarische Berechtigung mehrerer Pfandgläubiger in dem von Dernburg entwickelten Sinne von dem Falle durchaus verschieden, mit welchem diese Blätter sich beschäftigen. Gewiß ist es richtig, daß mehrere Pfandgläubiger, welchen eine und dieselbe Pfandsache in solidum (nicht bloß zu ideellen Theilen) verpfändet ist, Dritten gegenüber schlechthin und, in Ermangelung besonderer einschränkender Vorschriften, auch gegen einander nach dem Grundsatze der Prävention zum Genuß ihrer Rechte kommen. Aber dieser Grundsatz der Prävention ist, wenn er auch als das Naturgemäße aus dem Wesen des Pfandrechts abgeleitet wird, doch nicht unumstößlich; es können Umstände vorliegen, welche ihn nicht zur Geltung kommen lassen. Pfandrechte z. B., welche in Grundbüchern als „zu gleichen Rechten" gehend eingetragen sind, können nicht durch Prävention sich gegenseitig übervortheilen; denn der Zusatz „zu gleichen Rechten" bedeutet jedenfalls, daß der Erlös des Pfandes dem einen Konkurrenten nicht in höherem Grade zugute kommen soll, als dem andern — hier ist also die Prävention durch die Folgen beseitigt, welche die Grundbuchverfassung mit sich bringt. In dem unserer Betrachtung zu Grunde liegenden Falle des Zirkels ist hingegen die Prävention an sich ausführbar. Das Wesen des Zirkels besteht ja eben darin, daß jeder der drei vorhandenen Gläubiger dem ihm nachgesetzten

einen Gläubiger in ununterbrochenem Wechselspiel die Sache abjagen kann. Aber die Ausübung der Prävention führt hier zu permanentem Streite; deswegen widerspricht es dem Geiste des Rechtes, sie hier zur Geltung kommen zu lassen[1]).

Der Fall des Zirkels ist also eine Ausnahme, während die Rechtsbeziehungen solidarisch berechtigter Pfandgläubiger dem regelmäßigen Rechte folgen. Solidarpfänder haben als solche eine gesicherte Priorität, jeder der Berechtigten weiß, was er auf Grund seines Rechtes zu beanspruchen hat, die Ausübung dieses Rechtes ist für jeden Einzelnen mit Ausschluß des Konkurrenten in einem einzigen Akte möglich, welcher zugleich den Rechtsinhalt erschöpft, und keiner der Konkurrenten kann den andern stören. Das Wesen des Zirkels hingegen bringt es mit sich, daß jeder der Betheiligten einen seiner beiden Mitberechtigten in der Ausübung seines Rechtes stören kann, durch die von ihm verursachte Störung aber seinerseits dem Dritten zu weiterer Störung Gelegenheit bietet. Der Zirkel macht es also unmöglich, das Pfandrecht eines der Betroffenen seinem Wesen entsprechend in einem einzigen Akte erschöpfend auszuüben. Nicht nur die Scheu vor immerwährendem Streit, sondern auch die Rücksicht auf die Natur des Pfandrechtes drängt demnach darauf hin, den Grundsatz der Prävention für den Fall des Zirkels aufzugeben und ihn durch den komplementären[2]) Grundsatz der Rechtsgemeinschaft zu ersetzen.

Die Vergleichung von Beispielen, in denen die Quellen eine utilis actio communi dividundo ausdrücklich gewähren, läßt dies noch anschaulicher hervortreten. Es mögen hier aufgeführt werden

l. 7 §. 8 D. comm. div. 10. 3:

---

1) Steinlechner, Das Wesen der juris communio etc. (1876) S. 105.

2) Steinlechner a. a. O. S. 104.

„item si duo a Praetore missi sunt in possessionem legatorum [sc. utile communi dividundo judicium dari debet;] est enim justa causa possidendi custodiae gratia; ergo et si duo ventres, idem erit dicendum; quod habet rationem."

l. 4 D. de aqua quot. 43. 20:

„Respondit, sicut iter, actus, via pluribus cedi vel simul, vel separatim potest, ita aquae ducendae jus recte cedetur; sed si inter eos, quibus aqua cessa est, non convenit, quemadmodum utatur, non erit iniquum, utile judicium reddi, sicut inter eos, ad quos ususfructus pertinet, utile communi dividundo judicium reddi, plerisque placuit [1])."

h. 10 §. 1 D. comm. div. 10. 3:

„Si usus tantum noster sit, qui neque venire neque locari potest, quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo judicio, videamus. Sed Praetor interveniet, et rem emendabit, ut, si judex alteri usum adjudicaverit, non videatur alter, qui mercedem accepit, non uti, quasi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit."

l. 13 §. 3 D. de usufructu 7. 1:

„Sed si inter duos fructuarios sit controversia, Julianus libro trigesimo octavo Digestorum scribit aequissimum esse, quasi communi dividundo judicium dari, vel stipulatione inter se eos cavere, qualiter fruantur. Cur enim, inquit Julianus, ad arma et rixam procedere patiatur praetor, quos potest jurisdictione sua componere?" [2])

Das Wesen des Pfandrechts fordert das utile communi

1) Hierzu l. 19 §. 4 D. comm. div. 10. 3.
2) Hierzu l. 7 §. 7 D. comm. div. 10. 3.

dividundo judicium ebensowenig als dies bei den Wasserservituten, Wegeservituten, dem Usus, dem Usufruktus und bei den Rechten der legatorum causa oder ventris nomine vom Prätor eingewiesenen Personen der Fall ist. Es sind vielmehr äußerlich hinzutretende Umstände, welche das utile judicium wenn nicht nothwendig, so doch im Interesse des Rechtsfriedens wünschenswerth machen. Und zwar sind es sämmtlich solche Umstände, welche den Ausschluß der an sich, aus der Natur der betreffenden Rechte, begründeten Prävention erfordern: bei den Dienstbarkeiten die dauernde Kollision der persönlichen oder sachlichen Bedürfnisse, denen sie genügen sollen, bei den eingewiesenen Personen der gleichmäßig berechtigte Anspruch auf custodia.

Bei dem Pfandrechte ist es, wie oben gesehen, das Zirkelverhältniß, welches aus entsprechenden Gründen den Ausschluß der Prävention, folgeweise aber die Regelung der eingetretenen Verwirrung durch ein Theilungsverfahren angezeigt macht.

Von selber verbietet sich der Gedanke, daß durch den Zirkel eine Gemeinschaft der betreffenden Pfandrechte schlechthin oder auch nur in Betreff des Befriedigungsrechtes entstehe. Selbst die Ausübung des Pfandrechts kann, Dritten gegenüber, nicht ohne Weiteres als gemeinschaftlich angesehen werden. Gelingt es dem Primus (A) die Pfandsache zu verkaufen, bevor er von dem Dritten (C) gestört wird, dann überträgt er dem Ersteher des Pfandes wirkliches Eigenthum, beziehungsweise publizianischen Rechtsschutz dem C wie dem Sekundus (B) gegenüber, und der Ersteher ist ausreichend gesichert, wenn er nur, allenfalls unter Beistand des Verkäufers als accessorischen Intervenienten, den Nachweis von dem besseren Rechte des Letzteren führen kann. Für einen etwaigen Streit zwischen dem Ersteher und den Nachhypothekarien ist die zwischen A und C zu Ungunsten des Ersteren ergangene Entscheidung ganz gewiß eine res inter alios acta. Aber darin liegt die Nothwendigkeit eines besonderen

Trennungsverfahrens, daß jeder der drei Betheiligten in der Lage ist, in Verfügungen über die Sache störend einzugreifen. Daß B und C den Pfandverkauf nicht mit sicherem Erfolge ausführen können, so lange zu befürchten steht, daß A mit seiner Pfandklage dem Ersteher das Pfand wieder abnimmt, leuchtet ein. Den Versuch des A, für sich allein den Verkauf zu bewirken, kann C auf Grund seines Sieges über A, einen gemeinschaftlichen Versuch des A und C zu diesem Zwecke kann B hintertreiben, da er Verfügungen des C über sein Pfand als besser berechtigter Gläubiger überhaupt nicht zu dulden braucht. So ist das Verhältniß der im Zirkel stehenden Gläubiger ein anschaulicher Beleg für den Satz, daß in pari causa potior conditio prohibentis (vgl. l. 28 D. comm. div. 10. 3) ist.

Die oben gegebenen Beispiele legen dar, wie die actio utilis communi dividundo auch in solchen Fällen Anwendung gefunden hat, in denen es nicht sowohl um Theilung, als um gegenseitige Abgrenzung von Rechten gegen einander sich handelt; sie beweisen auch, daß der Richter nicht aufhört, Theilungsrichter zu sein, wenn er bei der Auseinandersetzung von einer anderen Grundlage, als dem Verhältnisse von Bruchtheilen eines Ganzen, ausgeht, daß die Theilung Theilung bleibt, wenn die Zerlegung des Gemeinschaftsverhältnisses nicht nach Grundsätzen des Nebeneinander, sondern nach Grundsätzen des Nacheinander erfolgt.

Dies zeigt l. 19 §. 4 D. comm. div. 10. 3:

„Sed possunt jura interdum et separata a fundo esse, et nec mensura, nec temporibus divisa, veluti quum is, cujus fuerunt, plures heredes reliquit. Quod cum accidit, consentaneum est, et ea in arbitrio familiae erciscundae venire, nec videre, qua re minus in communi dividundo, quam familiae erciscundae judicium veniat. Igitur in hujusmodi speciebus etiam in com-

muni dividundo judicio venit, ut praefata jura aut mensura aut temporibus dividantur[1]).

In entsprechender Weise läßt bei der Auseinandersetzung der im Zirkelverhältniß stehenden Pfandrechte die Aufeinanderfolge der einzelnen Pfandforderungen als die Grundlage der Theilungsansprüche sich auffassen. Der Theilungsrichter kann einzelnen Gläubigern Geldabfindungen zusprechen, er kann sich aber auch damit begnügen, die zur Unmöglichkeit gewordene logische Einheit der Rangordnung durch eine kraft seines Amtes aufgestellte juristische Einheit zu ersetzen.

So sind wir zu folgendem Ergebnisse gelangt: die einzelnen Pfandrechte können in Folge des Zirkels nicht eines unabhängig vom andern neben- beziehungsweise nacheinander zur Verwirklichung gelangen, daher müssen den Betheiligten die ihnen gebührenden Pfandstellen adjudizirt werden. Die Lösung des Zirkels ist dem Anwendungsgebiete der allgemeinen Logik entzogen und dem auf spezifisch juristischen Grundsätzen fußenden Arbitrium des Theilungsrichters überwiesen.

Hiermit ist zugleich dem Zirkel jede praktische Bedeutung genommen.

Dem ins Unendliche sich wiederholenden Spiele der Einzelprozesse ist ein Ziel gesetzt. Setzen wir, von dem zu Grunde gelegten Beispiele ausgehend, daß zunächst C den A besiegt hat, dann C von B und letzterer wieder von A besiegt worden ist, so ist durch den Ausfall des letzten dieser drei Prozesse der Zirkel geschlossen. Wäre im letzten Rechtsstreit statt des A der B Sieger geblieben, dann wäre es nicht zu einem Zirkel gekommen. B, welcher sowohl den A als auch den C überwunden hätte, wäre in die erste Stelle gerückt und hätte dem A sowie

1) Hierzu l. 5 pr. D. de aqua quot. 43. 20.

dem C überlassen, nach Maßgabe des rechtskräftig zwischen ihnen festgestellten Rangverhältnisses aus dem Ueberschusse des Erlöses sich zu befriedigen. Ist der Zirkel geschlossen, so ist, wie begreiflich, zunächst der Besitzer im Vortheil. In Gemäßheit des mehrgedachten Beispieles setzen wir voraus, das Pfandobjekt befinde sich durch den Einfluß des letzten Prozesses in den Händen des A. Es ist als gewiß anzunehmen, daß C gegen A die actio hypothecaria anstellen, A die Einrede des besseren Pfandrechts erheben und C mit der replica rei judicatae antworten kann. Die Frage ist nun, ob A die Replik des Gegners mit einer hierzu geeigneten Duplik zurückschlagen könne? Dies ist allerdings der Fall. Indem C dem A das Pfand zu entreißen versucht, bemüht er sich, dem A gegenüber sein eignes Pfandrecht als das beste geltend zu machen, also den A aus seiner Stellung als vermeintlich erster Pfandgläubiger zu verdrängen. Aber in diesem scheinbar gerechtfertigten Bestreben überschreitet er dennoch die ihm gesteckten Grenzen, er macht sich einer pluris petitio schuldig. Indem er den A kraft seines besseren Rechts zum Ausweichen nöthigt, muß er ihn nicht bloß hinter sich selber, sondern auch hinter den B zurückdrängen, wenn er nicht über dessen sowohl dem A als ihm selber gegenüber rechtskräftig festgestellten Rang zu seinen Gunsten verfügen will; er verlangt also thatsächlich mehr als ein Ausweichen, nämlich ein weiteres Zurücktreten um die Pfandstelle des B. Versucht er dieser Deutung dadurch zu begegnen, daß er erklärt, er wolle aus dem Pfandrechte des A sich befriedigen, soweit dessen Umfang zu seiner eignen Deckung erforderlich sei, beziehungsweise ausreiche, so kann ihm A entgegnen, daß er zwar befugt sei, ihn, A, aus seiner Stellung als erster Pfandgläubiger zu verdrängen, nicht aber, gleichzeitig das bessere Pfandrecht des A als Schutzmittel gegen B anzuerkennen, sich selber gegenüber zu bestreiten. C gerirt sich als absolut

bester Pfandgläubiger, obwohl er nur relativ, dem A gegenüber, als besserer Pfandgläubiger anerkannt ist; durch den Versuch, das Pfand wieder in seinen Besitz zu bringen, gibt er zu erkennen, daß er den nur gegen A errungenen Sieg in absolutem Sinne ausnutzen will. Er greift mithin demjenigen Urtheilsspruche vor, welcher erforderlich ist, um die relativ wirksamen Pfandrechtsbefugnisse der im Zirkel stehenden Pfandgläubiger wieder in absolut wirksame zu verwandeln.

Indem nun A dem C die eben entwickelten Mängel seines Auftretens vorhält, bringt er eine Duplik vor, deren thatsächliche Unterlage erst in dem Augenblicke unanfechtbar geworden ist, in welchem das zwischen A und B ergangene Erkenntniß die Rechtskraft beschritten hat. Will man dieser Duplik einen Kunstnamen geben, so mag man sie duplica pluris petitionis, doli, oder praejudicii nennen; die letztere Bezeichnung dürfte als die am meisten zutreffende erscheinen [1]).

Versäumt A diese Vertheidigung, so kommt freilich das Pfand wieder in die Hände des C, welcher seinerseits den B unschwer abweisen könnte, wenn er demselben Sicherheit dafür leistete, daß er ihm, C, gegenüber gerade so aus dem Pfande befriedigt werden solle, wie wenn er dem Pfandrechte des A gegenüberstände. Uebrigens könnte auch B zu seiner eignen Sicherheit als accessorischer Intervenient mit A zum Zwecke der Abweisung des C sich verbinden und so dafür Sorge tragen, daß das Pfand im Besitz des A bliebe.

Hiernach ist also einer stetigen Wiederholung der Einzelprozesse unter den drei betheiligten Gläubigern vorgebeugt. Können sie sich nicht in Güte einigen, so müssen sie auf ein Theilungsverfahren sich einlassen, welches mit der durch den

---

1) Wetzell, Civilprozeß §. 64 Not. 40 ff. u. Text. Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten §. 62, namentlich S. 504 f.

Richter auszusprechenden Zuweisung von Pfandstellen nach urtheilsmäßiger Ordnung abschließt.

Da das Verfahren ein Theilungsverfahren ist, so ist, wie schon bemerkt, der Richter nicht verpflichtet, allen Betheiligten Pfandstellen zuzuweisen. Er kann auch Abfindung in Geld aussprechen. Sollen jedoch alle Betheiligten wiederum Pfandstellen erhalten, so ist zunächst eine Grundlage zu schaffen, auf welcher es zu einer Vertheilung des Pfanderlöses kommen kann. Die bisherigen Feststellungen der Rangbeziehungen reichen hierzu nicht aus, denn sie ergeben drei verschiedene Rangordnungen, je nachdem man von der Forderung des einen oder des anderen Gläubigers ausgeht: $A > B > C$, $B > C > A$ und $C > A > B$, von denen jede Anspruch auf relative Richtigkeit macht, die aber unter einander schlechthin unvereinbar sind. Es bleibt dem Theilungsrichter also nichts anderes übrig, als selbständig von derjenigen Rangordnung auszugehen, welche er für die richtige hält, beziehungsweise, welche ihm als die richtige bewiesen wird, und sie für die Betheiligten verbindlich zu machen, weil er sie für die richtige hält, nicht deswegen, weil sie mit einer oder der andern relativ gefundenen Rangordnungen mehr oder weniger übereinstimmt. Dieser Gedanke ist es augenscheinlich gewesen, welcher, wenngleich in zu beschränkter Anwendung, Dernburg[1]) zu der Bemerkung geführt hat, daß die rechtskräftig gewordenen Einzelentscheidungen nur bestimmt waren für das Verhältniß von zwei Parteien, im Konkurse aber sei eine Ordnung unter allen Parteien zu schaffen. Diesem Zwecke seien jene Urtheile nicht dienlich, sie seien als hiefür unbrauchbar bei Seite zu setzen und es habe jetzt der Konkursrichter von Neuem auf Grund des materiellen Rechts unter allen Parteien zu urtheilen. So finde er den festen Boden wieder, der ihm durch die Fiktion der Wahrheit des Urtheils verloren gegangen.

1) a. a. O. S. 469.

Die gegenwärtige Ausführung verfolgt den von Dernburg eingeschlagenen Weg nur zum Theile. Sie weicht darin von ihm ab, daß sie in der Wahrheit der Einzelentscheidungen nicht bloß Fiktionen erblickt, welche, sobald sie entbehrlich, bei Seite gesetzt werden können, sondern daß sie in den Einzelentscheidungen die materiell rechtsverbindliche Feststellung von Rechtsverhältnissen anerkennt, deren Wirkungen sich nicht minder in der Schließung wie in der Lösung des Zirkels offenbaren. Dernburg behandelt die Einzelentscheidungen als schlechthin unwirksam, er setzt die vom Konkursrichter aufgestellte neue Rangordnung ganz und gar an Stelle der ersteren. Uns hingegen nöthigt der Gang unsrer Untersuchung zu der weiteren Folgerung, daß innerhalb der Grenzen der durch den Theilungsrichter geschaffenen Gesammtrangordnung die Befriedigung der einzelnen Berechtigten so sich regelt, wie die Berücksichtigung der rechtskräftigen Einzelentscheidungen dies fordert. Trotz der Machtvollkommenheit, welche in den Händen des Theilungsrichters liegt, ist dieser doch zum möglichst engen Anschlusse an die Grundsätze der Gerechtigkeit verpflichtet. Diesen würde es widersprechen, wenn er rechtskräftige Urtheile bloß deswegen als nicht vorhanden ansehen wollte, weil er sie für materiell unrichtig hält.

Indem wir abermals auf unser Beispiel zurückgehen, nehmen wir an, der Richter habe gefunden, daß unter den fraglichen drei Gläubigern die richtige Rangordnung $A > B > C$ sei. Hier muß er die in Uebereinstimmung mit den Vorentscheidungen befindlichen Verhältnisse $A > B$ und $B > C$ stehen lassen. B wird also nach A, aber vor C befriedigt. Hingegen muß er die in dem Vorprozesse des C gegen A von ersterem erstrittene obsiegliche Entscheidung so berücksichtigen, daß er aus der von B für A freigelassenen Pfandstelle zunächst den C befriedigt: ganz, wenn die Forderung des C nicht kleiner ist als die des A,

theilweise, jedoch vor A, wenn der Betrag der Forderung des C niedriger ist. Soweit hiernach C noch nicht befriedigt ist, muß er, wiederum vor A, aus der in der grundlegenden Rangordnung ihm selber zugewiesenen Stelle Deckung suchen; ist C abgefunden, so bleibt die dritte Stelle für A beziehungsweise dessen an eigner Stelle ausgefallenen Restbetrag offen.

Hiernach können die endgültigen Rangordnungen, je nach Größe der Forderungen des A beziehungsweise des C, verschiedene Gestalt gewinnen. Sind die Forderungen A und C gleich, so lautet die Reihenfolge einfach CBA; ist A kleiner als C, so lautet sie CBCA; ist A größer als C, so ergibt sich die Folge CABA, doch so, daß B in keiner dieser Ordnungen weiter als um den Betrag der Forderung A zurücktritt.

Es kommt hiernach eine Doppelordnung von Rangverhältnissen zur Geltung, wie sie nach der oben[1]) gebilligten Ansicht auch dann entsteht, wenn die Rangstellung zweier im Prioritätserkenntnisse durch Zwischengläubiger getrennten Liquidanten in höherer Instanz umgekehrt wird, ohne daß hierdurch die Lage der Zwischenstehenden sich ändert. Nur ist es im letzteren Falle die, auf die Rechtskraft der ursprünglichen Anordnung sich stützende, Unveränderlichkeit der zwischenliegenden Pfandstellen, welche Schonung verlangt, während im vorliegenden Beispiele die rechtskräftige Entscheidung einzelner Rangverhältnisse die Umkehrung einzelner Rangstellungen in einer neu zu schaffenden Gesammtrangordnung zur Folge hat.

Die entwickelten Theilungsgrundsätze lassen übrigens auf verwickeltere Rangstreitigkeiten unschwer sich ausdehnen.

Gesetzt, es seien zwischen vier Pfandgläubigern $\frac{4 \times 3}{2} = 6$ mögliche Einzelprozesse folgendermaßen entschieden:

$$A > B,\ C > B,\ B > D,\ A > D,\ D > C,\ A > C.$$

1) S. 188.

Hier scheidet zunächst A als der erste, allen übrigen vorgehende Gläubiger aus. Unter den A nachstehenden Gläubigern muß eine Auseinandersetzung stattfinden. Wird in dem desfallsigen Verfahren die Rangordnung BCD als die absolut richtige aufgestellt, so ist in dieser das Verhältniß B > D in Uebereinstimmung mit den Vorentscheidungen, die Verhältnisse B > C und C > D sind aber in einer den Vorerkenntnissen zuwiderlaufenden Weise geordnet. Vereinigt man nun die Streitmassen B und C einerseits, C und D andrerseits zunächst zu einzelnen Streitmassen, dann muß in letzteren C vor B, D vor C treten.

Gesetzt, es sei

die Pfandstelle B = 100,
die Pfandstelle C = 400,
die Pfandstelle D = 800,

dann würde von den 500, welche aus der Zusammenlegung von B und C entstehen, C die ersten 400, B die letzten 100, von den 1200, welche aus der Zusammenlegung von C und D sich ergeben, D die ersten 800, C die letzten 400 erhalten. Nach der ersten Zusammenlegung würde C dem B die letzten 100 von seinen ursprünglichen 400 abgeben, für welche er die ersten 100 des B erhält. Nach der zweiten Vereinigung würde D die ersten 400 des C ganz erhalten, mit den übrigen 400 in seiner Stellung stehen bleiben, die letzten eignen 400 dem C überlassen. Die weitere Vereinigung der beiden Streitmassen B + C und C + D kann nur so erfolgen, daß der in der Summe doppelt erhaltene Betrag C einmal abgezogen wird. Die Vertheilung der Summe muß nun so erfolgen, daß B nach C, aber vor D, C vor B, aber nach D befriedigt wird. Wie ist dies auszuführen?

Von den ersten 100 des B kann zunächst nur der besser berechtigte C, nicht aber der nachstehende D etwas erhalten. Diese werden in dem vorliegenden Falle dem C, dessen Gesammtfor-

derung 400 beträgt, ganz zu theil, während die letzten 100 des C für B offen bleiben. D nun, welcher auf jeden Fall vor C befriedigt zu werden verlangt, nimmt die für C ermittelten 400 in Beschlag, empfängt also in diesen auch die 100, welche B dem C hat abgeben müssen. Die folgenden 100, welche C dem B freigelassen hat, muß D diesem ebenfalls lassen, da er dem B an sich nachsteht, und nur auf Grund seines dem C gegenüber errungenen Vorrechts einen mittelbaren Vorzug vor B hat. Hiermit sind die ursprünglichen Pfandstellen des B und des C vertheilt, und es bleibt nun noch die Pfandstelle des D übrig, an welcher dieser mit den ersten 400 theilnimmt, während die fernere Hälfte dem C verbleibt.

Die schließliche Gesammtrangordnung lautet also nun

A	D	B	D	C
(beliebig)	400	100	400	400.

In dem zuletzt gegebenen Beispiele tritt zugleich das Prinzip zu Tage, nach welchem der Theilungsrichter in der Regel die Untervertheilung der einzelnen, aus der gemeinschaftlichen Rangordnung sich ergebenden Pfandstellen vorzunehmen hat. Handelt es sich um eine Pfandforderung, deren Vorzugsrecht überhaupt noch nicht oder nach allen Seiten in Uebereinstimmung mit der zu Grunde gelegten richtigen Rangordnung rechtskräftig anerkannt ist, so behält diese Forderung die ihr gebührende Stelle, ohne durch andere Pfandforderungen verdrängt werden zu können. Im Uebrigen entscheidet die Regel „si vinco vincentem te, vinco te ipsum“ [1]), d. h. die in Gemäßheit der Einzelentscheidungen vertauschten Pfandstellen werden weiter dergestalt vertheilt, daß immer der besser berechtigte Gläubiger dem schlechter berechtigten vorgeht. Nur kann diese Regel nicht rein durchgeführt werden. Sie kann niemals dahin führen, daß einem

---

1) l. 14 §. 3 D. de div. temporae 44. 3.

Gläubiger ein unmittelbarer Vorzug vor einem anderen zugetheilt wird, dem er durch rechtskräftige Entscheidung nachgesetzt ist. Sie kann auch nicht in der Weise weiter verfolgt werden, daß ein Gläubiger durch ihre Anwendung wieder in eine Stelle einrückte, welche er auf Grund des nämlichen Vorzugsrechts dem ihm nachstehenden Gläubiger im Wege des Tausches freigelassen hat. Beispielsweise kann die oben gegebene Schlußrangordnung A > D > B > D > C nicht dahin weiter entwickelt werden, daß C nochmals in die 100 einrückt, die er an B abgegeben und die D diesem freigelassen hat.

Ueberhaupt läßt eine für alle möglichen Kombinationen ausreichende Regel sich nicht aufstellen. Das Gutfinden (arbitrium) des Theilungsrichters läßt sich wohl negativ abgrenzen, aber nicht durch positive Vorschriften einschränken. Das praktische Bedürfniß fordert eine weitere beispielsmäßige Ausführung der aufgestellten Grundsätze nicht.

Eine unmittelbare quellenmäßige Begründung derselben kann freilich nicht gegeben werden. Die beste Gewähr ihrer Richtigkeit muß in ihrer Faßlichkeit und praktischen Brauchbarkeit liegen. Das Vorstehende will überhaupt nichts andres sein als ein Versuch, diejenige Behandlung des Zirkels auf feste Grundsätze zurückzuführen, welche von der Praxis anscheinend von jeher als die richtige anerkannt ist[1]).

Eine fernere Gewähr für die Richtigkeit der gewonnenen Ergebnisse kann in dem Verhältnisse gefunden werden, welches unsere Stelle zur Lehre vom jus offerendi einnimmt. In dieser Beziehung ist sie schon betrachtet worden[2]). Paulus weiset in derselben die Ansicht zurück, als würde durch den Sieg des C über A eine successio in locum zu Gunsten des Ersteren be-

1) Windscheid, Pand. §. 247 Anm. Bayer a. a. O. S. 187 f. (Anm. 6).

2) Jahrbücher Bd. XV. S. 367 ff.

gründet. Die Entstehung dieser von Paulus verworfenen Ansicht ist auf die äußerliche Aehnlichkeit zurückzuführen, welche die Vergleichung der in Frage kommenden Rechtsverhältnisse darbietet. Der bekämpfte Irrthum hat eine doppelte Wurzel. Die eine erwächst aus der Theorie des jus offerendi und empfängt ihre Nahrung aus dem Umstande, daß durch die in locum successio nicht etwa ein neues Pfandrecht begründet, sondern das alte erhalten wird. Die andre Wurzel zieht ihre Kraft aus der Voraussetzung, daß der Sieger C einen rechtmäßigen Anspruch darauf hat, an Stelle des A, und zwar höchstens in ea quantitate qua primum superavit, seine Befriedigung zu verlangen. Die erstgedachte Wurzel ist am angeführten Orte [1]) blosgelegt worden; die zweite dürfte durch die Ergebnisse der vorstehenden Untersuchung an helleres Licht gezogen sein. Der von Paulus angefochtene Irrthum erscheint übrigens um so viel entschuldbarer, als das Recht, welches dem C schließlich zu Theil wird, nichts anderes ist als eine in locum successio: die Gegner des Paulus irrten nur darin, daß sie das Mittelglied übersahen, durch welches der urtheilsmäßige Anspruch des C erst in eine wahre successio in locum verwandelt werden mußte: die utilis actio communi dividundo.

1) Namentlich S. 371.

V.

Zur Tendenz des Senatusconsultum Juventianum und der Kritik und Interpretation der l. 25 §. 17 D. de H. P. V, 3.

Von
Dr. Eugen Joseph in Königsberg.

Einer der wichtigsten Grundsätze, welche das unter Hadrian (129 n. Chr.) ergangene Senatusconsultum Juventianum aufstellt, ist der, daß der redliche Erbschaftsbesitzer für die Restitution der Erbschaft nur insoweit haftbar sein solle, als er aus der Erbschaft bereichert sei. Während also nach dem SCum der unredliche Erbschaftsbesitzer als fictus possessor für jede Verminderung der Erbschaftsmasse aufkommen muß, beschränkt sich die Haftung des redlichen Besitzers auf die Verpflichtung, das noch in seinem Besitze befindliche erbschaftliche Vermögen zu restituiren.

Ulpian gibt uns den diesbezüglichen Inhalt des SCum in der l. 20 §. 6 D. de H. P. mit folgenden Worten an:

> „— eos, qui bona invacissent cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent, eos autem qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat quo locupletiores ex ea re facti essent."

Durch diesen letztern Grundsatz wurde zugleich eine Kontroverse des früheren Rechts über die Haftpflicht des redlichen Erbschaftsbesitzers entschieden, indem, wie Ulpian in der l. 18 D. h. t. erzählt, ältere Juristen, z. B. Labeo, im Gegensatz zu Oktavenus, zwischen dem redlichen und dem unredlichen Erbschaftsbesitzer bezüglich ihrer Haftung keinen Unterschied machten [1]).

Das Senatuskonsult urgirt überhaupt bezüglich der Stellung des redlichen Erbschaftsbesitzers die beiden Sätze, daß derselbe einerseits sich nicht aus der Erbschaft zum Schaden des wahren Erben bereichern:

> l. 28 D. h. t.: Post senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum est.

andererseits aber auch, daß demselben aus seiner Stellung als vermeintlicher Erbe kein Schade erwachsen solle:

> l. 25 §. 11 D. h. t.: Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcunque igitur sumtum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt perdiderunt, dum re sua abuti putant, non praestabunt.

Es entsteht nun aber die Frage, ob die erwähnte Satzung über die günstige Stellung des redlichen Erbschaftsbesitzers, nach welcher er nicht über die Bereicherung hinaus in Anspruch genommen werden darf, nur auf sein Verhältniß zu dem evinzirenden Erben Anwendung findet, so daß er also nur di-

1) Vgl. Dernburg, Verhältniß der her. pet. zu den erbschaftlichen Singularklagen S. 18. Anton Faber freilich hält an der Ansicht fest, daß auch der redliche Besitzer für jede Verminderung der Erbschaft aufkommen müsse gleich dem unredlichen und läßt sich hierin weder durch den Wortlaut des SCum, noch die hierauf bezüglichen Stellen unseres Titels beirren, welche er vielmehr gleich der l. 18 cit. für interpolirt hält. (Rationalia ad Pand. ad l. 18 D. h. t.)

rekt aus der Erbschaft selbst, d. h. aus etwaigen Verminderungen der Erbschaftsmasse keinen Schaden haben solle (wegen derselben nicht in Anspruch genommen werden könne): oder ob dem redlichen Besitzer auch indirekt in Veranlassung[1]) des Erbschaftsbesitzes keinerlei Schaden aus seiner Stellung erwachsen dürfe, wie dies z. B. der Fall wäre, wenn er nach der Eviktion der Erbschaft aus Kontrakten verklagt würde, die er früher über Erbschaftssachen geschlossen, oder wenn er „contemplatione hereditatis sibi delatae" (l. 25 §. 12 h. t.) sein eigenes Vermögen verausgabt hat[2]).

Ulpian erläutert den obigen Grundsatz bezüglich der Stellung des redlichen Erbschaftsbesitzers in der l. 25 §. 11—14 folgendermaßen:

(§. 11) „Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcunque igitur sumtum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt perdiderunt, dum re sua abuti putant, non praestabunt."

(§. 12) „Si quis re sua lautius usus sit contemplatione delatae sibi hereditatis, Marcellus libro quinto Digestorum putat, nihil eum ex hereditate deducturum, si eam non attigit."

(§. 13) „Simili modo, et si mutuam pecuniam accepit, quasi dives esse coeperit."

(§. 14) „Si tamen pignori res hereditarias dedit an vel sic attingatur hereditas; quod est difficile, cum ipse sit obligatus."

---

1) Dernburg, Die Kompensation S. 345 Anm. 2 (2. Auflage).

2) So nimmt z. B. Vangerow (Pandekten §. 508, IV, 1) an, daß der redliche Besitzer schlechthin keinen Schaden aus dem Erbschaftsbesitz haben soll.

Aus diesen Stellen geht wohl zur Genüge hervor, daß der Sinn des SCum nur ist: der redliche Besitzer solle aus dem Besitz der Erbschaft dann keinen Schaden haben, wenn er den Bestand der Erbschaft vermindert, dieselbe vielleicht ganz aufgezehrt hat, in welchen Fällen er nur auf die Bereicherung resp. gar nicht in Anspruch genommen werden kann.

Dies sagt Ulpian im §. 11 cit., dagegen führt er gegensätzlich in den folgenden §. 12—14 aus, daß der redliche Besitzer, wenn er in dem Glauben, ihm sei eine reiche Erbschaft zugefallen, sein Privatvermögen verausgabt oder ein Darlehn aufgenommen, für letzteres vielleicht auch eine Erbschaftssache verpfändet hat: daß in diesen Fällen der redliche Besitzer dem Erben nichts anrechnen könne und letzterer durch jene etwaigen Verträge nicht gebunden sei, somit der redliche Besitzer derartigen ihm indirekt aus der Erbschaft entstandenen Schaden selbst tragen müsse.

Und konsequent entscheidet auch Ulpian in der l. 20 §. 18 D. h. t. s. f.:

> „— Julianus — scribit, quod indebitum exegit, restituere eum non debere nec imputaturum, quod non debitum solvit."

daß der redliche Besitzer, wenn er aus eignen Mitteln irrthümlich eine in Wirklichkeit nicht bestehende Erbschaftsschuld bezahlt hat, er dem Erben bei der Restitution der Erbschaft diese irrthümlich bezahlte Summe nicht etwa durch Retention oder Kompensation anrechnen könne. Er kann sich somit nur an jenen vermeintlichen Gläubiger halten und in keinem Fall steht ihm der Erbe für den Schaden ein, wenn jener vermeintliche Erbschaftsgläubiger jetzt insolvent ist.

Es kann also nach dem Sinne des Senatuskonsults der redliche Erbschaftsbesitzer indirekt in Veranlassung des Erbschaftsbesitzes an seinem eignen Vermögen sehr wohl Schaden

erleiden und es muß hiernach die allgemein gelehrte Doktrin, wie sie z. B. Vangerow in der oben zitirten Stelle und Windscheid (Pandekten III §. 612 Anm. 15) vorträgt, daß nämlich der redliche Besitzer auch indirekt schlechthin aus der Erbschaft keinen Schaden haben solle, sicherlich modifizirt werden. — Daß dieser Grundsatz jedoch nicht strikt und ausnahmslos gilt, es vielmehr Fälle gibt, in denen der redliche Besitzer nach dem Sinne des Senatuskonsults nicht einmal indirekt aus der Erbschaft Schaden erleiden darf, wird die weitere Darstellung zeigen.

Die obigen Erörterungen sind für die Kritik und Interpretation unsrer l. 25 §. 17 D. de H. P. von der größten Wichtigkeit [1]). Der Text dieser Stelle lautet:

„Item si rem distraxit bonae fidei possessor nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emtore possit? Et si vindicet, an exceptione non repellatur, quod praejudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venum dedit, quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emtores reversuri sunt ad eum qui distraxit? Et puto posse res vindicari, nisi [2]) emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent. Quid tamen, si is qui vendidit paratus sit ita defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conveniatur? Incipit exceptio locum habere ex persona emtorum. Certe si minore pretio

1) Ich habe die hier erörterten Fragen bereits früher in einem andern Zusammenhang in meiner Diss.: Hereditate evicta, heres quatenus teneatur iis quae a possessore hereditatis gesta sunt. Jenae 1877, behandelt und jene Erörterungen in diesen Zeilen einer an einzelnen Stellen neue Begründungen, an anderen Abweichungen von den früher vorgetragenen Ansichten mit sich führenden Umarbeitung unterzogen.

2) Haloander führt hier in margine die Lesart licet für nisi an.

res venierint, et pretium quodcunque illud consecutus sit, multo magis poterit dici, exceptione eos summoveri. Nam et si id, quod a debitoribus exegit possessor, petitori hereditatis solvit, liberari debitores Julianus libro quarto Digestorum scribit, sive bonae fidei possessor sive praedo fuit, qui debitum ab his exegerat, et ipso jure eos liberari."

Ulpian erörtert hier die Frage, ob der Erbe Erbschaftssachen, die der redliche Erbschaftsbesitzer veräußert hat, von den Käufern vindiziren könne, was ihm zweifelhaft erscheint, da die unterliegenden Käufer gegen ihren auctor, den redlichen Erbschaftsbesitzer, Regreß nehmen, dieser somit indirekt aus der Erbschaft Schaden haben würde. Nach der gemeinen Meinung, welche die Lesart:

„nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent"

für die richtige hält, entscheidet Ulpian, die Vindikation sei nur dann zulässig, wenn die unterliegenden Käufer keinen Regreß gegen ihren auctor, den redlichen Erbschaftsbesitzer haben, andernfalls sei sie ausgeschlossen. Und ganz dasselbe wird wohl gelten, wenn der redliche Besitzer Erbschaftssachen auf Grund irgend eines anderen Kontrakts, z. B. eines Vergleichs, Tausches, einer Schenkung veräußert hat.

Die hier vorgetragene Ansicht ist als die von der Glosse bis zum heutigen Tage herrschende zu bezeichnen. Indessen hat es nicht an Stimmen gefehlt, die in unserem Falle die Vindikation unumschränkt und unbedingt ohne jene Rücksicht auf den etwaigen Regreß der unterliegenden Käufer gegen den redlichen Besitzer für zulässig halten, wie dies z. B. schon der Postglossator, Raphael Fulgosius in seinen Commentarii ad Pand. ad h. l. mit gewichtigen — in der neuesten Zeit von Francke wieder aufgenommenen — Gründen behauptet hat. Kaum er-

wähnenswerth sind freilich die Angriffe von Jensius in seinen Stricturae ad juris Romani Pandectas ad h. l.[1]) und die des emendationssüchtigen, überall „die unheiligen Hände Tribonians" witternden Anton Faber gegen die Echtheit unsrer Stelle und die gemeine Meinung[2]). Erst in neuerer Zeit ist dieselbe mit gewichtigen, scharfsinnigen Gründen angefochten worden von Francke in seinem „Kommentar zum Pandektentitel de hereditatis petitione" ad h. l. S. 303—311 — ohne daß es jedoch Francke gelungen wäre, die gemeine Meinung zu verdrängen, wenigstens ist derselben bis auf Friedrich Mommsen („Entwurf eines Reichsgesetzes über das deutsche Erbrecht" S. 333, 334), der die Francke'sche Ansicht in allen Punkten adoptirt, Niemand bestimmt beigetreten.

Francke stützt seine Angriffe gegen die gemeine Meinung und die Echtheit der l. 25 §. 17 D. h. t. darauf, daß dieselben:

1) dem Sinne des SCum Juventianum widersprächen,
2) dem klaren Inhalt andrer Stellen unsres Titels und daß
3) bei der Interpretation der gemeinen Meinung der Inhalt der l. 25 §. 17 unlogisch und ohne Zusammenhang sei.

Francke wendet sich zunächst zur Widerlegung der irrigen Ansicht, von der man bei der Interpretation dieser Stelle gewöhnlich ausgeht und für die man in dieser Stelle einen wesentlichen Belag gefunden zu haben glaubt, daß nämlich nach dem Sinne des Senatuskonsults der redliche Erbschaftsbesitzer auch indirekt keinerlei Schaden aus der Erbschaft haben solle (a. a. O. S. 303, 304, vgl. S. 154—157, 249, und Raphael Fulgosius a. a. O. n. 3), eine Ansicht, gegen welche Francke mit Recht ankämpft, indem er insbesondere unter Hinweisung auf die oben besprochenen l. 20 §. 18 und l. 25 §. 11—14 aus-

1) Vergl. S. 113 N. 1 der cit. Diss.

2) a. a. O. S. 109.

führt, daß der redliche Besitzer zwar, wenn er den Bestand der Erbschaft vermindert habe, nicht aber auch indirekt aus der Erbschaft schadlos sein solle. Hiernach, schließt Francke, widerspreche die gemeine Meinung dem Sinne des Senatuskonsults, wenn sie annehme, daß die Vindikation der vom redlichen Besitzer veräußerten Erbschaftssachen unstatthaft sei, sobald letzterer dadurch indirekt aus der Erbschaft zu Schaden kommen könne.

Ganz besonders aber werde, fährt Francke fort, die gemeine Meinung durch Stellen widerlegt wie l. 13 §. 4, 5, 9 D. h. t.:

(§. 4) „Quid, si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis judiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est. Sed finge non exstare venditorem, vel modico vendidisse et bonae fidei possessorem fuisse, an porrigi manus ad emtorem debeant. Et putat Gaius Cassius dandam utilem actionem."

(§. 5) „Idem erit dicendum, etsi parvo pretio jussus vendere heres Titio hereditatem vendidit, nam putat dicendum Papinianus, adversus fideicommissarium dari actionem; ab herede enim peti non expedit, perexiguum pretium habente."

(§. 9) „Item si quis a fisco hereditatem quasi vacantem emerit, aequissimum erit, utilem actionem adversus eum dari."

Wenn Ulpian in diesen Stellen gegen den Käufer *einer* Erbschaft oder gegen den Fideikommissar die utilis hered. petitio gebe, sagt Francke, so setze Ulpian, da die utilis hered. petitio nur, „ne singulis judiciis [heres] vexaretur", gegeben werde, voraus, daß doch die einzelnen Vindikationen ebenfalls zulässig seien. Ebenso sage die l. 16 §. 7 D. h. t.:

„Idem Julianus scribit, si quis ex causa fideicommissi restituerit hereditatem vel singulas res praestiterit, peti ab eo hereditatem posse; quia habet condictionem earum, quae sunt ex ea causa solutae, et veluti juris possessor est. Sed etsi pretia rerum quas distraxit ex causa fideicommissi solvit, peti hereditatem ab eo posse, quia repetere potest. Sed his casibus actiones suas duntaxat eum praestiturum, cum et res exstant et potest petitor etiam per in rem actionem eas vindicare."

Auch hier also, sagt Francke, wo ein redlicher Besitzer Erbschaftssachen veräußert und mit den empfangenen Kaufpreisen Vermächtnisse ausgezahlt habe, lasse Ulpian die Vindikation der verkauften Erbschaftssachen zu, ohne jener Beschränkung Erwähnung zu thun, welche die gemeine Meinung aus l. 25 §. 17 herleite.

Endlich sei, betont Francke besonders, die l. 25 §. 17 bei der gewöhnlichen Lesart „nisi" überhaupt ohne Sinn und Zusammenhang. Ulpian habe in der l. 13 §. 4 dem Erben die Wahl gegeben, ob er den redlichen Besitzer mit der hered. petitio auf den Kaufpreis oder den Käufer direkt mit der Vindikation belangen wolle. Hier in der l. 25 §. 17 werfe nun Ulpian die Frage auf, ob dem mit der Vindikation belangten Käufer nicht die exceptio praejudicii zustehe. Diese Frage verneine Ulpian, da, wenn der Erbe den Käufer mit der Vindikation belange, er nicht mehr den Erben auf den Kaufpreis mit der hered. petitio belangen könne, somit widersprechende Urtheile nicht mehr möglich seien. Und Ulpian verneine die Zulässigkeit der exceptio praejudicii „quamquam victi emtores reversuri sunt ad eum qui distraxit": obwohl die Käufer ihren Regreß gegen den redlichen Besitzer nehmen würden, so sei die exc. praejudicii doch nicht zulässig. Somit sei es ganz unmöglich,

daß Ulpian auf einmal ohne jede Begründung gegen die Vindikation eine Einrede gebe, so oft — und dies sei ja immer der Fall — die Käufer Regreß gegen ihren auctor, den redlichen Besitzer, hätten. Es lasse sich auch gar nicht absehen, welche Einrede denn die Käufer haben sollten, denn die — an sich übrigens nur dilatorische — exc. praejudicii habe Ulpian vorher verworfen, und eine exc. „ne bonae fidei possessor damnum habeat", wie Andre sie hier den Käufern geben wollten, sei nach dem Sinne des SCum Juventianum, wie oben erörtert, unzulässig.

Die einzige Möglichkeit, allen diesen Widersprüchen, welche sich der gemeinen Meinung bei der Lesart „nisi" ergeben, zu entgehen, deduzirt Francke dann, sei mit Halcander anstatt der Lesart der Florentina „nisi" — licet zu schreiben, so daß Ulpian in Uebereinstimmung mit dem Sinne des Senatuskonsults, den citirten Stellen unseres Titels und dem ganzen Zusammenhang der l. 25 §. 17 gesagt hätte:

„et puto posse res vindicari, licet emtores regressum ad bonae fidei possessorem habeant"

d. h. die Vindikation der vom redlichen Erbschaftsbesitzer veräußerten Erbschaftssachen stehe dem Erben stets zu, ohne Rücksicht auf den Schaden, der dem redlichen Besitzer hierdurch indirekt aus der Erbschaft erwachsen kann.

Soweit Francke.

Schon Windscheid (Pandekten I §. 186 Anm. 16) hat darauf aufmerksam gemacht, daß die Haloandrinische Lesart „licet" für das hergebrachte „nisi" der Florentina, wie Francke interpoliren will, der vereinigten Autorität der Florentina und der Basiliken widerspreche. Die Basiliken sagen nämlich an unsrer Stelle, der Erbe sei berechtigt, die vom redlichen Erbschaftsbesitzer veräußerten Erbschaftssachen zu vindiziren:

„εἰ μὴ ἄρα ὁ ἀγοραστὴς τούτου γενομένου δύναται ἐνάγειν τῷ πράτῃ“,

d. h.

nisi forte hoc facto emtor venditorem convenire possit, denn andernfalls, bemerkt der Scholiast Stephanus, würde der redliche Besitzer über die Bereicherung hinaus in Anspruch genommen werden [1]).

Hieraus geht hervor, daß zu Justinians Zeit, in welcher der Scholiast Stephanus lebte, die Ansicht der gemeinen Meinung und die Lesart „nisi“ rezipirt waren, und wenn freilich hieraus auch nicht hervorgeht, daß Ulpian „nisi“ geschrieben habe, so dürfte doch für die Praxis des heutigen römischen Rechts die alleinige Anwendbarkeit der zu Justinians Zeit geltenden — auch von der Glosse anerkannten [2]) — gemeinen Meinung außer Zweifel sein.

Gehen wir jetzt zu einer Besprechung der Einzelheiten der Francke'schen Meinung.

Es ist, wie wir oben sahen, Francke beizustimmen, wenn er ausführt, daß es dem Sinne des Senatuskonsults nicht widerspreche, wenn der redliche Besitzer indirekt aus der Erbschaft, z. B. aus von ihm über Erbschaftssachen abgeschlossenen Kontrakten, Schaden hat. Aber folgt denn hieraus, daß der redliche Besitzer in jedem Fall indirekt aus der Erbschaft Schaden haben müsse? Keineswegs. So sagt Gajus in l. 17 D. h. t., daß, wenn der redliche Besitzer Legate aus eigenem Vermögen gezahlt habe und ihm die Erbschaft ab intestato evinzirt werde, ihm der Erbe nach dem Sinne des Senatuskonsults diese durch die erfolgte Eviktion ungültigen, aus eignem Vermögen gemachten Zahlungen ersetzen müsse, damit bei etwaiger Insolvenz des vermeintlichen Legatars, von dem der redliche

1) ed. Heimbach IV, S. 220; cit. Diss. S. 112.

2) ad l. 25 §. 17 ad v. „habeant“.

Besitzer das gezahlte Legat zurückfordern müsse, der redliche Besitzer nicht etwa indirekt aus der Erbschaft Schaden habe:

„Sed cum [b. f. possessori] repetitio [a legatario] datur, periculum est, ne propter inopiam ejus, cui solutum est legatum, nihil repeti possit, et ideo secundum Senatusconsulti sententiam subveniendum ei est, ut ipse, quidem ex retentione rerum hereditariarum sibi satisfaciat, cedat autem actionibus petitori, ut suo periculo eas exerceat."

Erwägt man, daß Gajus ausdrücklich sich auf die Meinung des SCum Juventianum zum Beweise dafür beruft, daß der Erbschaftsbesitzer in dem von ihm behandelten Fall indirekt aus der Erbschaft keinen Schaden haben solle; so wird man zugeben, daß die gemeine Meinung keineswegs dem Sinne des Senatuskonsults widerspricht, wenn sie, an der beglaubigten Lesart „nisi" festhaltend, auch im Falle unserer l. 25 §. 17 D. h. t. annimmt, daß die Vindikation der vom redlichen Besitzer veräußerten Erbschaftssachen unzulässig sei, sobald letzterer regreßpflichtig und somit indirekt aus der Erbschaft Schaden an seinem Vermögen haben kann.

Es dürfte endlich für die gemeine Meinung in dieser Beziehung der noch gar nicht beobachtete Zusammenhang der l. 25 §. 17 mit den vorhergehenden Paragraphen 15 und 16 sprechen. Nachdem Ulpian in §. 12—14 dargelegt, daß der redliche Besitzer indirekt aus der Erbschaft sehr wohl Schaden haben könne, sagt er im §. 15, daß, wenn der redliche Besitzer die ganze Erbschaft oder mehr als den ihm gebührenden Theil derselben verzehrt habe, er für ein solches Thun nicht haftbar sein, aus demselben keinen Schaden haben solle. Im §. 16 erörtert dann Ulpian den Fall, daß der redliche Besitzer aus der Erbschaft seine Bedürfnisse befriedigt habe und entscheidet, daß derselbe hierbei insoweit haftbar sei, als er an seinem eignen Ver-

daß Ulpian auf einmal ohne jede Begründung gegen die Vindikation eine Einrede gebe, so oft — und dies sei ja immer der Fall — die Käufer Regreß gegen ihren auctor, den redlichen Besitzer, hätten. Es lasse sich auch gar nicht absehen, welche Einrede denn die Käufer haben sollten, denn die — an sich übrigens nur dilatorische — exc. praejudicii habe Ulpian vorher verworfen, und eine exc. „ne bonae fidei possessor damnum habeat", wie Andre sie hier den Käufern geben wollten, sei nach dem Sinne des SCum Juventianum, wie oben erörtert, unzulässig.

Die einzige Möglichkeit, allen diesen Widersprüchen, welche sich der gemeinen Meinung bei der Lesart „nisi" ergeben, zu entgehen, deduzirt Francke dann, sei mit Halcander *anstatt* der Lesart der Florentina „nisi" — licet zu schreiben, so daß Ulpian in Uebereinstimmung mit dem Sinne des Senatuskonsults, den citirten Stellen unseres Titels und dem ganzen Zusammenhang der l. 25 §. 17 gesagt hätte:

„et puto posse res vindicari, licet emtores regressum ad bonae fidei possessorem habeant"

d. h. die Vindikation der vom redlichen Erbschaftsbesitzer veräußerten Erbschaftssachen stehe dem Erben stets zu, ohne Rücksicht auf den Schaden, der dem redlichen Besitzer hierdurch indirekt aus der Erbschaft erwachsen kann.

Soweit Francke.

Schon Windscheid (Pandekten I §. 186 Anm. 16) hat darauf aufmerksam gemacht, daß die Haloandrinische Lesart „licet" für das hergebrachte „nisi" der Florentina, wie Francke interpoliren will, der vereinigten Autorität der Florentina und der Basiliken widerspreche. Die Basiliken sagen nämlich an unsrer Stelle, der Erbe sei berechtigt, die vom redlichen Erbschaftsbesitzer veräußerten Erbschaftssachen zu vindiziren:

„εἰ μὴ ἄρα ὁ ἀγοραστὴς τούτου γενομένου δύναται ἐνάγειν τῷ πράτῃ“,

d. h.

nisi forte hoc facto emtor venditorem convenire possit, denn andernfalls, bemerkt der Scholiast Stephanus, würde der redliche Besitzer über die Bereicherung hinaus in Anspruch genommen werden [1]).

Hieraus geht hervor, daß zu Justinians Zeit, in welcher der Scholiast Stephanus lebte, die Ansicht der gemeinen Meinung und die Lesart „nisi“ rezipirt waren, und wenn freilich hieraus auch nicht hervorgeht, daß Ulpian „nisi“ geschrieben habe, so dürfte doch für die Praxis des heutigen römischen Rechts die alleinige Anwendbarkeit der zu Justinians Zeit geltenden — auch von der Glosse anerkannten [2]) — gemeinen Meinung außer Zweifel sein.

Gehen wir jetzt zu einer Besprechung der Einzelheiten der Francke'schen Meinung.

Es ist, wie wir oben sahen, Francke beizustimmen, wenn er ausführt, daß es dem Sinne des Senatuskonsults nicht widerspreche, wenn der redliche Besitzer indirekt aus der Erbschaft, z. B. aus von ihm über Erbschaftssachen abgeschlossenen Kontrakten, Schaden hat. Aber folgt denn hieraus, daß der redliche Besitzer in jedem Fall indirekt aus der Erbschaft Schaden haben müsse? Keineswegs. So sagt Gajus in l. 17 D. h. t., daß, wenn der redliche Besitzer Legate aus eigenem Vermögen gezahlt habe und ihm die Erbschaft ab intestato evinzirt werde, ihm der Erbe nach dem Sinne des Senatuskonsults diese durch die erfolgte Eviktion ungültigen, aus eignem Vermögen gemachten Zahlungen ersetzen müsse, damit bei etwaiger Insolvenz des vermeintlichen Legatars, von dem der redliche

1) ed. Heimbach IV, S. 220; cit. Diss. S. 112.

2) ad l. 25 §. 17 ad v. „habeant“.

Kaufpreis angenommen habe [1]). Wie Ulpians Entscheidung darüber lauten würde, ob die Vindikation zulässig wäre, wenn eine solche Cession der condictio indebiti nicht vorgekommen wäre, darüber sagt die Stelle nichts und nichts steht einer Entscheidung der letztern Frage im Sinne des in der l. 25 §. 17 angegebenen Prinzips entgegen.

Große Schwierigkeiten macht aber die Erörterung des Inhalts und des Zusammenhangs der l. 25 §. 17 selbst. Hier kann ich freilich nicht mehr aufrechthalten die in der cit. Diss. S. 124 in Anlehnung an Dernburg und Faber vorgetragene Ansicht, daß Ulpian uns in dem hier in Frage kommenden schwierigsten Theil der Stelle Parteiverträge referire, in der Weise, daß die Worte „an exceptione non repellatur, quod praejudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venum dedit" eine Einrede der mit der Vindikation belangten Käufer ist, welcher der vindizirende Erbe eine Replik entgegensetzt in den Worten „quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum", der dann die Duplik der Käufer folgt in den Worten „quamquam victi emtores reversuri sunt ad eum qui distraxit". Es bietet die Stelle für eine solche Fiktion, daß Ulpian uns hier Parteiverträge referire, gar keinen Anhalt, auch würde dieselbe eher wohl der Diktion des Paulus als der „das Verständniß begünstigenden Ausführlichkeit", durch welche sich die Schriften Ulpians empfehlen, entsprechen.

Jemand hat bona fide die ganze Erbschaft veräußert und den erhaltenen Kaufpreis verausgabt. „Si 'rem' distraxit" sagt Ulpian und meint hiermit nicht, wie Francke annimmt, „eine" Sache, sondern die ganze Erbschaft, wie dies aus den unmittelbar folgenden Worten „pretia rerum", „posse res vindicari", „hereditatem defendere" u. s. w. hervor-

1) Es ist dies die Erklärung der Basiliken, deren Text in der cit. Diss. S. 118 angeführt ist.

geht [1]). Steht nun dem Erben, wenn er die einzelnen Sachen — vorausgesetzt, daß sie noch nicht usukapirt sind — vindiziren will, die exceptio, quod praejudicium non fiat inter actorem et eum qui venum dedit entgegen? Die Fassung der Frage, an exceptione non repellatur, weist, wie Francke mit Recht bemerkt, auf eine Verneinung der Einrede hin. Und den Grund hierfür führt Ulpian an in den Worten „quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum": der Besitzer ist, wie Ulpian voraussetzt, gar nicht mehr im Besitz des Kaufpreises und da er auch von der Erbschaft selbst nichts mehr besitzt, so ist eine hered. petitio gegen ihn gar nicht mehr zulässig, folglich ist auch die Gefahr nicht mehr vorhanden, daß der petitor durch die Belangung der Käufer sich ein Präjudiz für sein Erbrecht erschleiche.

In dieser Beziehung steht also einer Vindikation nichts im Wege. In Ulpian erhebt sich aber gegen die Zulässigkeit der Vindikation ein neuer Zweifelsgrund, den er in den Worten „quamquam victi emtores reversuri sunt ad eum qui distraxit" vorbringt: eine exc. praejudicii steht der Vindikation nicht entgegen, jedoch werden andrerseits die Käufer Regreß gegen den redlichen Besitzer nehmen und es könnte dem Sinne des Senatuskonsults widersprechen, wenn der redliche Besitzer indirekt hierdurch aus der Erbschaft Schaden erlitte. Und Ulpian findet diesen Zweifelsgrund gerechtfertigt und entscheidet, die Vindikation sei nur da zulässig, wo die Käufer keinen Regreß gegen ihren auctor, den redlichen Besitzer hätten.

Ein Widerspruch und Mangel an Zusammenhang ergibt

---

1) Vgl. l. 84 D. de A. v. O. H. 29, 2 a. E. und Gai. III, 56. Freilich ist es auffällig, daß Ulpian hier nur von einer Vindikation der einzelnen Sachen und gar nicht von der gegen den Käufer zustehenden utilis hered. petitio redet. Vielleicht handelt es sich in dieser Stelle um einen Verkauf in einzelnen Stücken.

sich in dieser Stelle somit nur, wenn man die Worte „quamquam victi emtores reversuri sunt ad eum qui distraxit" nicht als einen neuen, selbständigen Grund gegen die Zulässigkeit der Vindikation auffaßt, sondern, wie Francke, sie als ein durch die Worte „quia non videtur venire in hereditatis petitionem pretium earum" zurückgewiesenes Anhängsel der früheren Erwägung betrachtet. In diesem Fall freilich wäre Ulpians Entscheidung, daß die Zulässigkeit der Vindikation durch den mangelnden Regreß gegen den redlichen Besitzer bedingt sei, auffallend und inkonsequent.

Der weitere Inhalt der Stelle ist klar und unzweifelhaft. Ulpian geht wieder zu der früher zurückgewiesenen exc. praejudicii über und sagt, letztere sei zulässig, wenn der Besitzer bereit sei, sich als defensor der Käufer, so als besäße er noch etwas von der Erbschaft belangen zu lassen und endlich stehe der Vindikation des Erben die exc. doli entgegen, wenn er bereits im früheren Prozeß gegen den Besitzer den Kaufpreis oder einen Theil desselben erlangt habe, wie ja auch die Erbschaftsschuldner befreit seien, wenn sie dem Erbschaftsbesitzer die Schuld gezahlt und dieser den Erben befriedigt habe.

Es ist somit zu der von Francke vorgeschlagenen Lesart „licet" statt „nisi" ebensowenig ein Grund als zu der Annahme Theodor Mommsens, daß die Worte „nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent" Glossem seien.

Auch ist gegen die Francke'sche Lesart „licet" das zu erinnern, was schon Bolze — in der unten zu besprechenden Schrift — vorgebracht hat, daß dieselbe nämlich nichts wäre als ein schleppender Pleonasmus, da wo man eine Begründung erwartet.

Man muß sich aber überhaupt fragen, warum Ulpian, wenn, wie Francke dies so zuversichtlich annimmt, die Rücksichtnahme auf die Regreßpflichtigkeit des redlichen Besitzers gegen-

über den Käufern, dem Sinne des SCum Juventianum als auch früheren Aussprüchen Ulpians so sehr widerspricht und ganz absurd ist, überhaupt noch eines solchen Einwandes Erwähnung thut. Wären die Voraussetzungen Franke's dem Sinn Ulpians entsprechend, so hätte Ulpian eine solche Einwendung gar nicht aufgeworfen, geschweige ausdrücklich verworfen.

Wir können somit als feststehend annehmen, daß der Erbe gegen die Käufer bei vorhandener Regreßpflichtigkeit des redlichen Besitzers keinen Anspruch, diese, wie Windscheid (a. a. O. §. 612 Anm. 15) bemerkt, gegen den Erben eine Einrede haben. Welches ist nun aber diese Einrede? Wenn hier die gemeine Meinung ausnahmslos annimmt, daß es die von Ulpian, wie wir oben sahen, ausdrücklich als für den vorliegenden nicht zutreffend bezeichnete exc. praejudicii sei, so ist dem nicht beizustimmen. Es läßt sich gar nicht absehen, wie durch die dilatorische exc. praejudicii die Rücksichtnahme auf die Regreßpflichtigkeit des redlichen Besitzers geltend gemacht werden kann, wie dies z. B. Windscheid (a. a. O. §. 186 Anm. 16) ausführt, abgesehen davon, daß dieselbe nach beendeter hered. petitio ja ihrer Natur nach den Käufern gar nicht mehr zustände. Auch hat Francke mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß Ulpian wenige Worte später, wo er unbestreitbar von der exc. praejudicii redet, sagt: incipit [exceptio praejudicii] locum habere und somit nicht dieselbe exc. praejudicii schon früher für zulässig erachtet haben kann.

Geht man vielmehr von der Ansicht aus, daß Ulpian in den Worten „quamquam victi emtores reversuri sunt ad eum qui distraxit“ einen neuen selbständigen Gegengrund gegen die Zulässigkeit der Vindikation vorbringe, so wird man zugeben, daß er auch an eine neue selbständige, von der bisher erörterten verschiedenen Einrede gedacht haben muß. Diese aber kann nur die exceptio SCi Juventiani sein, oder wie sie Bartolus,

Azo und Accursius (introd. ad l. 25 §. 17 und ad v. „repellatur“) nannten, exceptio, „ne bonae fidei possessor damnum habeat“ sein. Es ist dies dieselbe Einrede, von welcher Gajus in der oben erörterten l. 17 D. h. t. spricht, wo er sagt, daß der redliche Besitzer, welchem die Erbschaft ab intestato evinzirt wird, wegen der Möglichkeit indirekt aus der Erbschaft zu Schaden zu kommen, die aus eigenem Vermögen bezahlten — jetzt ungültigen — Legate dem Erben nach dem Sinne des Senatuskonsults durch Retention in Rechnung stellen kann. Hier in dem Fall der l. 17 cit. würde der redliche Besitzer gegen die hered. petitio des Erben sein Retentionsrecht durch eine exceptio SCi Juventiani (ne b. f. possessor damnum habeat) ausüben und ganz dieselbe exc. SCi Juventiani haben in der l. 25 §. 17 die Rechtsnachfolger des redlichen Besitzers, die Käufer von Erbschaftssachen.

Neuerdings ist gegen die gemeine Meinung noch Bolze im „Archiv für die civilistische Praxis“ Bd. LVII S. 267—274 aufgetreten. Allein Bolze kommt mit seinen Deduktionen zu einem ganz andern Resultat als Francke. Er findet es absurd, daß, wenn nach der gemeinen Meinung die Vindikation bei bestehender Regreßpflichtigkeit des redlichen Besitzers stets ausgeschlossen ist, Ulpian im weitern Verlauf der Stelle einen Fall fingirt, wo der redliche Besitzer freiwillig die Vertheidigung der belangten Käufer übernimmt. Wenn Ulpian ferner den diesbezüglichen Passus der Stelle mit den Worten quid tamen beginne, so deute dies nothwendig auf einen Gegensatz zum vorhergehenden, von welchem sich in der jetzigen Fassung der Stelle keine Andeutung finde. Einen solchen Gegensatz gewinne man aber, wenn man anstatt:

„nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent“

schreibe

„nisi heres regressum ad bonae fidei possessorem habet“

so daß Ulpian die Zulässigkeit der Vindikation abhängig gemacht habe von der faktischen Unmöglichkeit, den veräußernden Besitzer zu belangen, und den Gegensatz hierzu biete dann die freiwillige Uebernahme des Prozesses seitens des Besitzers.

Die Unwahrscheinlichkeit der Bolze'schen Konjektur ergibt sich, wenn man erwägt, daß Ulpian ja schon am Anfang der Stelle von der Voraussetzung ausgegangen ist, daß der Besitzer, welcher die Erbschaft veräußert und den erhaltenen Kaufpreis nicht mehr hat, nicht mehr belangbar ist. Sollte Ulpian nun, nachdem er die Zulässigkeit von Einreden der Käufer erwogen hat, die der Vindikation entgegenstehen könnten, dieselbe einfach von jener Voraussetzung abhängig machen, von der er am Anfang der Stelle ausgegangen ist? In den Worten:

„nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent“

erwartet man ein Zurückgehen auf die aufgeworfenen Einreden, nicht auf Voraussetzungen, von denen Ulpian als feststehend ausgegangen ist.

Die hier vorgetragene gemeine Meinung hat das sächsische Civilgesetzbuch adoptirt. Dasselbe bestimmt im §. 2318:

„Derjenige, welcher die Erbschaft im redlichen Glauben besitzt, kann, wenn er vom Erben auf Herausgabe einzelner erbschaftlicher Gegenstände durch eine andere Klage als die Erbschaftsklage in Anspruch genommen wird, verlangen, daß er nicht zu einem Mehreren verurtheilt werde, als wozu er verurtheilt werden könnte, wenn die Erbschaftsklage gegen ihn angestellt würde. Dasselbe Recht (nämlich zu verlangen, daß der redliche Besitzer nicht zu mehr verurtheilt werde, als wenn die Erbschaftsklage gegen ihn angestellt würde), steht jedem

Anderen zu, welchem der redliche Besitzer für Entwährung haftet."

Das zukünftige deutsche Civilgesetzbuch wird voraussichtlich im Gegensatz zu partikularen Kodifikationen, wie dem Code civile und dem preußischen Landrecht, in welch' letzterem man, um mit Koch zu reden, anstatt des bisher geltenden Instituts der Erbrechtsklage ein leeres Blatt findet, wieder das römisch-rechtliche Institut der Erbrechtsklage mit ihren speziellen, von der Vindikation abweichenden Grundsätzen einführen. Sollte die so klargefaßte wie vollständige Kodifikation, welche die römisch-rechtlichen Grundsätze im sächsischen Civilgesetzbuch gefunden haben, der künftigen Gesetzgebung zur Grundlage dienen, so dürfte auch die erörterte Kontroverse des römischen Rechts im Sinne der gemeinen Meinung entschieden werden.

VI.

Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache verpflichtet, nach deren Untergang dem Eigenthümer derselben den gelösten Kaufpreis herauszugeben?

Ein Beitrag zur Lehre von den Grenzen des Eigenthumsschutzes.

Von

R. v. Jhering.

I.

Literarischer Stand der Frage.

In meinem Erstlingswerk (Abhandlungen aus dem römischen Rechte, Leipzig 1844, S. 78—85) hatte ich Veranlassung, einer bis dahin meines Wissens unangefochten herrschenden Ansicht, daß nämlich der Eigenthümer von dem vorübergehenden gutgläubigen Besitzer der Sache den durch den Verkauf derselben gemachten Gewinn herausfordern könne, entgegenzutreten. Diese Ansicht, welche schon von Cujas [1]) auf Grund von l. 23 de R. Cr. (12, 1) u. l. ult. de neg. gest. (3, 5) entwickelt worden war, ward, wenn auch mit Abweichungen in Einzelheiten, von den späteren Schriftstellern aufgenommen [2]).

1) Tract. ad Africanum II u. VIII, an beiden Stellen am Anfange des Traktats.

2) S. Literatur bei Glück, Pandekten, B. 13, S. 193, außerdem Voet, Comm. ad Pand. VI 1 §. 10, Schweppe, Röm. Privatrecht II

Während Cujas und mit ihm die meisten Andern das in beiden Stellen betonte Erforderniß des Unterganges der Sache, dem Cujas mit Recht die Usucapion derselben gleichstellte („quia non recurritur ad condictionem sine causa, nisi quum reivindicatio cessat") festhielten, schwächte bereits Voet dasselbe dahin ab, daß es genüge, wenn der Eigenthümer nur nicht die Sache selber oder Schadloshaltung erhalten habe, und Thibaut ließ dasselbe gänzlich fallen und setzte an die Stelle der beiden von Afrikan erwähnten Klagen: der condictio (sine causa) und der act. negot. gest. eine „actio in factum", und während Cujas dem Eigenthümer den Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung sowohl gegen denjenigen zugestanden hatte, der die Sache titulo oneroso, wie gegen den, der sie titulo lucrativo erworben hat, gegen ersteren auf den Ueberschuß des von ihm gelösten Preises über den von ihm gezahlten, beschränkte Savigny die Klage lediglich auf den Fall der „unentgeltlich erworbenen" Sache.

Der Zusammenhang der Untersuchung, die mich auf diese Frage führte, und die Resultate, die ich auf Grund derselben glaubte gewonnen zu haben, flößten mir Zweifel gegen die Richtigkeit dieses Satzes ein. Die Frage, welche ich mir gestellt hatte, lautete: in wie weit muß derjenige, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben, und die Antwort, welche ich darauf in den Quellen gefunden hatte, bestand darin, daß man mit Paulus in l. 21 de her. vend. (18, 4) zwischen zwei wesentlich verschiedenen Formen des Gewinnes aus fremder Sache zu unterscheiden habe: dem commodum oder lucrum ex re und dem propter negotiationem perceptum oder wie ich kurz sagen möchte: ex persona. In Anwendung dieses Unterschiedes auf den

§. 268, Thibaut, System §. 705, W. Sell, Versuche I S. 101, Savigny, System V S. 523.

Fall des zweiten Verkaufs einer bereits vorher verkauften, aber dem ersten Käufer noch nicht tradirten und dann beim zweiten Käufer casuell untergegangenen Sache gelangt Paulus zu dem Resultat, daß der erste Käufer den dem Verkäufer vom zweiten Käufer entrichteten Kaufpreis nicht in Anspruch nehmen könne, „pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur et sic fit quasi alii non vendidissem, tibi enim rem debebam, non actionem“.

Ich folgerte: kann nicht einmal der Käufer vom Verkäufer den Gewinn, den derselbe aus der Sache gemacht hat, herausbegehren, um wie viel weniger der Eigenthümer vom ehemaligen Besitzer seiner Sache, mit dem er in gar keine rechtliche Beziehung getreten ist; dort bot doch wenigstens das zwischen Beiden bestehende obligatorische Verhältniß einen gewissen Anhalt für einen derartigen Anspruch dar, denn der Verkäufer, welcher die Sache zum zweiten Mal verkauft, handelt seiner Verpflichtung zuwider und wird sogar kriminell strafbar [1]), der gutgläubige Besitzer einer fremden Sache dagegen begeht durch den Verkauf weder subjektiv ein Unrecht, noch affizirt er objektiv die Rechtstellung des Eigenthümers, da letzterer seine Vindication beibehält, nur daß dieselbe fortan gegen einen andern Besitzer geht, eine Differenz, die gegenüber der in rem actio rechtlich ohne alle Bedeutung ist. Auch der spätere Untergang der Sache, sagte ich mir, kann daran nichts ändern, denn was verschlägt er für die rechtliche Beurtheilung des der Vergangenheit angehörigen Verkaufs? Mußte man dem Kaufpreis, den der Besitzer durch den Verkauf erlöste, zur Zeit der Vornahme den Charakter eines commodum ex re absprechen, wie sollte er ihn durch den Zufall erhalten, daß die Sache untergeht? Entweder war er von vornherein ein „commodum ex

1) L. 21 de lege Corn. de falsis (48, 10). Qui duobus in solidum eandem rem diversis contractibus vendidit, poena falsi coercetur.

re" — dann bedarf es des Unterganges der Sache nicht — oder er war es nicht — dann ist der Untergang einflußlos — und wenn Paulus dies für das Verhältniß des Verkäufers zum Käufer anerkennt, wie sollten wir es für das des Eigenthümers zum frühern Besitzer seiner Sache in Abrede nehmen können?

Denselben Grundsatz, den Paulus in der angegebenen Stelle in Bezug auf den Erlös von Geld aus fremder Sache zur Anwendung bringt, schärfen unsere Quellen in einer Reihe von Entscheidungen in Bezug auf den entgegengesetzten Fall des Ankaufs einer Sache aus fremdem Gelde ein, der Eigenthümer des letzteren kann seinen Anspruch nur auf das Geld, nicht auf die Sache richten [1]).

Nach diesen Prämissen konnte ich in dem Anspruch, welchen die beiden oben citirten l. 23 de R. Cr. (12, 1) und l. ult. de neg. gest. (3, 5) dem Eigenthümer nach Untergang der Sache gegen den früheren Besitzer derselben auf Herausgabe des aus derselben gelösten Kaufpreises gewähren, nichts anderes als eine Abweichung von den sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts erblicken, und ich glaubte mich nach einer Rechtfertigung derselben in den besondern Verhältnissen des Falls umsehen zu müssen. Ich fand dieselbe in dem Umstande, daß der frühere Besitzer die Sache ohne allen Rechtsgrund besessen und irrthümlich als die seinige angesehen hatte. Die erste Stelle setzt den Fall: si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, die zweite den: si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emtor vendiderit, beide Besitzer hatten also die Sache durch

1) l. 6 Cod. de reiv. (3, 32) .. injuriosum est l. 4 Cod. Com. utr. (3. 38) .. contra juris formam. l. 8 Cod. Si quis alteri (4, 50). Ausnahme beim Vormunde l. 2 quando ex facto (26, 9), l. 3 Cod. Arb. tut. (5, 51) und nach Ansicht Mancher beim Soldaten l. 8 Cod. de R. V. (3, 32); über die l. 1 Cod. de reb. al. (4, 51) u. l. 1 Cod. de comm. rer. al. (4, 52) s. u.

kein Rechtsgeschäft in die Hände bekommen, sie besaßen dieselbe sine causa. Selbst dieser Grund allein aber genügt dem Juristen noch nicht, um dem Eigenthümer einen Anspruch auf Herausgabe des ungerechtfertigten Gewinns (in der ersten Stelle die condictio sine causa, in der zweiten die act. neg. gest.) zuzugestehen, sondern er verlangt außerdem noch den Untergang der Sache, d. h. daß der Eigenthümer des ihm sonst zuständigen normalen Mittels der reivindicatio beraubt ist, der Anspruch charakterisirt sich also damit als ein eng begrenzter Nothbehelf.

Dem entsprechend glaubte ich den Satz aufstellen zu müssen, daß die Klage gegen einen früheren Besitzer der Sache, der sie durch irgend einen Eigenthumstitel erhalten habe (ohne Unterschied, ob durch einen lucrativen oder putativen Titel) nicht Statt finde, und ich hatte die Freude, daß Wächter, der unabhängig von mir zu demselben Resultat gelangt war, meine Ansicht billigte [1]), indem er zugleich in der Uneinigkeit Afrikan's über die Art der anzustellenden Klage einen Beweis dafür erblickte, daß ihm selber das Ganze als eine Anomalie vorgekommen sei.

Die Schriftsteller, welche später die Frage gelegentlich berührt haben, haben sich zum Theil mir angeschlossen [2]), zum Theil haben sie die Savigny'sche Ansicht (Verkauf einer ge-

---

1) Erörterungen Heft 2 S. 101.

2) Vangerow, Lehrbuch II, §. 628 a. E. Arndts, Lehrbuch, §. 345 Anm. 2 „unberechtigte Veräußerung", wörtlich gleichlautend Baron, Pandekten §. 285. Puchta, Pandekten §. 272 d und §. 312 d verweist auf l. 23 de R. Cr. unter Bezugnahme auf meine Abhandlung, formulirt aber seine Ansicht abweichend dahin: „Der Werth, um den Jemand durch eine von einer Handlung des vorigen Eigenthümers unabhängige Eigenthumserwerbung auf dessen Kosten bereichert worden ist." Goldschmidt, Zeitschrift f. Handelsrecht VIII, S. 236, G. Hartmann, Kritische Vierteljahrsschrift XI S. 522. H. Witte, Bereicherungsklagen S. 310, 314, 328—336.

schenkten Sache) adoptirt [3]). Einer eingehenderen Behandlung ward die Frage zuerst wieder unterworfen von H. Witte in seiner Schrift über die Bereicherungsklagen (1859) S. 310—314, S. 328—331 und zwar im praktischen Resultat im Anschluß an meine Ansicht.

In seiner Anzeige dieser Schrift in der Kritischen Vierteljahrsschrift von Pözl I S. 115 flg. erklärte sich Windscheid gegen diese Ansicht, und in seinem Lehrbuch des Pandektenrechts II §. 422 Anm. 4 nahm er die Lehre der älteren Jurisprudenz wiederum auf, daß der Eigenthümer gegen jeden gutgläubigen Besitzer einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung habe, nur mit einer Modification, der ich mich nicht erinnere anderwärts begegnet zu sein, und die er selber nur in etwas zweifelnder Weise vorträgt, nämlich daß der ganze Kaufpreis als Bereicherung zu gelten habe, so daß also der Beklagte den seinerseits gezahlten Kaufpreis nicht in Abzug bringen dürfe. Ihm hat sich angeschlossen auch in Bezug auf den letzteren Punkt Göppert in seiner Schrift über die organischen Erzeugnisse (1869) S. 357, der consequenter Weise für diese gesteigerte Haftung den nicht mehr passenden und leicht irre führenden Ausdruck: Bereicherung vermieden wissen und ihn durch: Vermögensvermehrung oder Erwerb ersetzt wissen will (S. 358 Anm.) — in Bezug auf den ersteren Punkt, ohne sich über den zweiten zu äußern, Köppen, Fruchterwerb des bonae fidei possessor S. 95. Dagegen habe ich meinerseits der Ansicht von Windscheid bei einer gelegentlichen Berührung derselben in diesen Jahrbüchern XII S. 316 (1873) einen entschiedenen Widerspruch entgegen setzen zu müssen geglaubt,

---

3) So Chambon, Die negotiorum gestio, S. 41, Sintenis, Praktisches gemeines Civilrecht II, §. 109 Anm. 118, Kuntze in seiner Ausgabe von Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 3 S. 573 und der von ihm citirte Koch, Recht der Forderungen III, §. 265.

nicht sowohl im Hinblick auf die einzelnen Quellenbelege, welche man für die eine oder andere Ansicht in die Wagschaale werfen kann, als wegen ihrer praktischen Gefährlichkeit, da sie, wie ich mich dort ausdrückte, eine „völlige Schutzlosigkeit des bonae fidei possessor nach geschehener Veräußerung oder Verjährung, also eine völlige Unsicherheit des Eigenthumsverkehrs zur Folge haben würde". Ich stützte diese Behauptung darauf, daß der Besitzer, dem der erlöste Preis vom Eigenthümer abgestritten worden wäre, keinen Regreß gegen seinen Autor haben würde, weil letzterer die Eviction der Sache (nicht des Preises) zu seiner Voraussetzung habe, nirgends aber jene Condictio auf den Preis, die ja im praktischen Resultat der Eviction gleichkäme, als Voraussetzung der Evictionsklage, beziehungsweise als Rechtfertigungsgrund der litis denuntiatio genannt werde.

Gleichzeitig mit mir hat auch E. Zimmermann in seiner kleinen Schrift über ächte und unächte negotiorum gestio (1873) sich gegen Windscheid ausgesprochen und den Nachweis zu liefern versucht, daß die drei Stellen, auf welche derselbe seine Ansicht glaubt stützen zu können: die l. 12 §. 1 de distr. pign. (20, 5) l. 1 Cod. de reb. alien. (4, 51) l. 1 Cod. de com. rer. al. (4, 52) ihr diese Stütze nicht gewähren, und dabei zugleich von einer anderen Stelle, auf die bereits Cujas sich berufen hatte, der l. 17, pr. de R. V. (6, 1), und die ich in meinen Abhandlungen S. 70 in anderer Weise aus dem Wege zu räumen versucht hatte, eine scharfsinnige Erklärung gegeben, der ich nicht Anstand nehme den Vorzug vor der von mir versuchten einzuräumen.

In diesen Tagen hat nun Windscheid Veranlassung genommen, in einem Dekanatsprogramm der juristischen Fakultät zu Leipzig zur Feier des Andenkens an C. F. Kees am 13. Febr. 1878: „Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung", (Leipzig,

Edelmann), seine Ansicht gegen die inzwischen ergangenen Angriffe zu vertheidigen, und die Wissenschaft kann es ihm nur Dank wissen, daß er sie damit in Stand gesetzt hat, den ganzen Apparat von Gründen, die sich für seine Ansicht geltend machen lassen, zu überschauen. Wenn ich meinerseits wiederum das Wort dagegen ergreife, so geschieht es nicht sowohl, weil ich die Verpflichtung zu haben glaube, mich einer von mir zuerst aufgestellten Ansicht anzunehmen und den von mir in diesen Jahrbüchern gegen die Ansicht von Windscheid gelegentlich erhobenen und dort nur kurz angedeuteten Vorwurf des Näheren zu begründen, sondern weil ich die Ansicht in ihren praktischen Consequenzen für so bedenklich halte, daß ich, auch wenn ich selber mich an dieser Frage bisher noch in keiner Weise betheiligt hätte, es nicht unterlassen würde, sie zu bekämpfen. Nicht die einzelnen Quellenstellen sind es, an denen für mich die ganze Frage hängt, nicht der exegetische Weg ist es, auf dem man meines Erachtens hier zu einem befriedigenden Ziel gelangen kann, sondern für mich geben allgemeinere Gründe den Ausschlag, Gründe von hohem legislativen und juristischen Gewicht, die es mir schlechterdings unmöglich machen, den Glauben an die Richtigkeit der Ansicht Windscheid's zu theilen. Bei der bisherigen Behandlung der Frage sind dieselben über Gebür außer Acht gelassen worden, und ich werde daher mein Hauptaugenmerk darauf richten, sie ins richtige Licht zu setzen. Es soll dies in der Weise geschehen, daß ich von der hypothetischen Richtigkeit jener Ansicht meinen Ausgang nehme und dann untersuche, zu welchen Resultaten man auf diesem Wege gelangt, und wie das römische Recht sich zu ihnen gestellt hat.

II.

Die Möglichkeit eines doppelten Schutzes des Eigenthums, des dinglichen und obligatorischen.

Wenn wir die prinzipielle Bedeutung des Anspruchs, den Windscheid dem früheren Eigenthümer gegen den ehemaligen Besitzer seiner Sache einräumen will, richtig bezeichnen wollen, so müssen wir sagen: derselbe enthält eine Vervollständigung des dinglichen Eigenthumsschutzes mittelst einer persönlichen Klage. Zu der an die Voraussetzung des Daseins der Sache und der Fortdauer des Eigenthums geknüpften in rem actio des Eigenthümers gesellt sich in der condictio sine causa, wie wir sie fortan bezeichnen wollen, noch eine persönliche Klage hinzu, welche an diese Voraussetzung nicht gebunden ist und gerade den Zweck hat, das Hinwegfallen derselben und den dadurch bewirkten Verlust der reivindicatio unschädlich zu machen. Dieselbe würde sich den vielen persönlichen Klagen anschließen, durch welche das römische Recht den Schutz des Eigenthums neben den für diesen Zweck allein nicht ausreichenden reivindicatio, negatoria und Publiciana actio vervollständigt.

Dieselben zerfallen in zwei Klassen. Die einen haben den Schutz des bestehenden Eigenthums zum Zweck, dahin gehören z. B. die actio ad exhibendum, aquae pluviae arcendae actio, cautio damni infecti, sie fallen mithin ebenso wie die reivindicatio hinweg, wenn das Eigenthum in der Person dieses Klägers nicht mehr besteht. Die andern haben den Schutz gegen delictsartige Eingriffe in das Eigenthum zum Grunde und sind nur bedingt durch das Bestehen des Eigenthums im Momente der That, das spätere Schicksal desselben und der Untergang der Sache ist für sie gleichgültig; dahin gehören die actio legis Aquiliae und die condictio furtiva [1]). Beide sind ihrer

1) 1 pr. ad leg. Aq. (9. 2) .. domino l. 1 de cond. furt. (13. 1) ..

ursprünglichen Anlage nach nur für den Eigenthümer bestimmt, letztere nur mit der bekannten Modification, daß sie dem Eigenthümer durch Veräußerung der Sache verloren geht, l. 10 § 2 de cond. furt. (13. 1).

Die Form der persönlichen Klage zum Zweck der Vervollständigung des Schutzes des Eigenthums hat also an sich nichts Widerstrebendes. Die obige condictio würde sich den letztgenannten Klagen anschließen, nur der Grund beider würde ein verschiedener sein, dort ein Delict, hier die durch eine persönliche Verschuldung des Beklagten in keiner Weise bedingte Thatsache der Bereicherung aus der Sache des Klägers, in dieser Beziehung würde sie also mit der reivindicatio auf einer Linie stehen, bei beiden wäre es das bloße Haben der dem Kläger gehörigen Sache, welches den Beklagten der Klage des Eigenthümers aussetzte, dort das Haben des Besitzes, hier das des Eigenthums oder des Werthes der Sache, in beiden Fällen ohne Accentuirung des Schuldmoments.

Nun kann die praktische Nothwendigkeit und Unentbehrlichkeit jener Delictsklagen nicht Gegenstand des Zweifels sein; ohne sie gäbe es gar kein Eigenthum. Aber in Bezug auf unsere condictio verhält sich die Sache anders; die Frage, ob der Eigenthumsschutz bis zu dem Punkt auszudehnen ist, der durch sie juristisch ausgedrückt wird, muß als eine offene bezeichnet werden, die der Gesetzgeber so oder so entscheiden darf, ohne daß man ihm den Vorwurf einer unvollständigen Gestaltung des Eigenthumsschutzes machen kann. Zur Bezeichnung dieses erweiterten Eigenthumsschutzes werde ich mich, ohne, wie ich glaube, mich der Gefahr eines Mißverständnisses auszusetzen, des Ausdruckes: obligatorisch bedienen dürfen.

Machen wir uns die Gestalt, welche letzterer an sich tragen

---

soli domino. Die spätere Ausdehnung der Klagen auf andere Berechtigte ist hier ohne Interesse.

würde, klar. Gestützt auf den Grund der Bereicherung des Beklagten durch die Sache des Klägers würde er überall Platz greifen, wo diese Voraussetzung zutrifft, also im Fall der Consumtion [sei es der Sache, sei es der Früchte], im Fall des Erwerbs des Eigenthums durch Specification, Verbindung und selbst durch Usucapion. Eine weitere Ausdehnung dieses Schutzes wäre dann noch in der Richtung möglich, daß dem Eigenthümer im Fall des Untergangs der Sache oder des Eigenthums auch gegen die früheren Besitzer eine Klage auf Herausgabe der Bereicherung zugestanden würde. Die denkbar weiteste Ausdehnung dieses persönlichen Schutzes würde darin bestehen, daß er von der Voraussetzung des Wegfalls des dinglichen völlig entbunden würde, so daß also der Eigenthümer je nach seiner Wahl den gegenwärtigen Besitzer mit der reivindicatio auf Herausgabe der Sache oder den früheren mit der condictio auf Herausgabe der Bereicherung würde belangen dürfen.

Damit haben wir den Spielraum abgesteckt, innerhalb dessen sich der Gedanke einer Vervollständigung des Eigenthumsschutzes durch die persönliche Klage auf Herausgabe der Bereicherung bewegen würde. Es wird aber nöthig sein, die beiden möglichen Gestaltungen desselben noch etwas genauer ins Auge zu fassen; ich werde die eine als Anspruch gegen den letzten Besitzer, die andere als Anspruch gegen den frühern Besitzer bezeichnen.

III.

1. Anspruch des Eigenthümers gegen den letzten Besitzer, bei dem die Sache untergegangen ist.

Der Rechtssatz, auf dem derselbe beruhen würde, würde zu lauten haben: Jeder, bei dem die Sache untergeht, haftet dem Eigenthümer bis zum Betrag der Bereicherung; an die Stelle der untergegangenen reivindicatio tritt die condictio.

Es läßt sich darüber streiten, ob eine solche Gestaltung des Rechts sich nicht empfehlen würde, man könnte dafür dasselbe Argument anführen, dessen sich Windscheid für seine condictio gegen den früheren gutgläubigen Besitzer bedient (S. 38), daß nämlich der Besitzer, so lange er besitze, der Eviction ausgesetzt sei, und daß die Verbesserung seiner Lage, welche durch den Erwerb der Sache oder des Eigenthums eintrete, eine Bereicherung für ihn enthalte, welche er herauszugeben habe. Ja vom Standpunkt einer ganz abstracten Auffassung des Eigenthums aus, d. h. einer solchen, welche sich lediglich an die Idee des absoluten Gehörens der Sache hält, ohne die praktischen Bedingungen ihrer Verwirklichung ins Auge zu fassen, von diesem Standpunkt aus müßte man es als eine große Inconsequenz bezeichnen, daß das Recht das Bestimmungsverhältniß der Sache für die ökonomischen Zwecke des Eigenthümers — denn das ist ja das Eigenthum — nur so lange anerkennt und schützt, als die Sache äußerlich sichtbar existirt, dagegen seinen Schutz zurückzieht, wenn ein gutgläubiger Nichteigenthümer über sie in einer Weise disponirt, welche sie in dieser ihrer bisherigen Erscheinungsform vernichtet. In Wirklichkeit hat er damit etwas gethan, was vermöge des Eigenthums nur der Eigenthümer thun durfte, nämlich die ökonomische Bestimmung der Sache sich zugewandt. Indem das Recht hier seinen Schutz versagt, bleibt es hinter seinem eignen Gedanken zurück, es macht Halt vor einer Thatsache, die der Eigenthumsidee gegenüber nur den Charakter eines rein zufälligen Ereignisses an sich trägt, es zieht sein Zugeständniß, daß die Sache für den Eigenthümer bestimmt sei, zurück, lediglich weil ein Anderer ihm zuvor gekommen ist. Wenn man es schroff ausdrücken will, kann man sagen: der Zufall trägt den Sieg über das Recht davon, die sinnliche Erscheinungsform der Sache über das Eigenthum, es ist eine durchaus rohe, weil nicht durch den Gedan-

ken, sondern das Auge geleitete Erfassung des Eigenthums, und wenn sie sich wirklich im römischen Recht findet, ein Rest jener materialistischen, sinnlichen Auffassungsweise, welche, wie ich an anderer Stelle nachgewiesen habe (Geist des römischen Rechts II §. 43), die gesammte Rechtsauffassung der ältern Zeit beeinflußte. Eine durch diese Auffassung nicht mehr bestimmte, die Idee des Eigenthums in ihrem vollen Gehalt und in ihrer vollen Consequenz erfassende Theorie des Rechts wird nicht umhin können, dieser Gestaltung des Eigenthums den Vorwurf zu machen, den ich soeben erhoben habe, den einer unvollkommenen Verwirklichung der Eigenthumsidee.

Ich habe geglaubt, diesen Gedanken zum Ausdruck bringen zu sollen, weil man meines Erachtens einen Irrthum nur dann mit Aussicht auf Erfolg bekämpfen kann, wenn man ihm vorher gerecht geworden ist, d. h. das Moment der Wahrheit aufgedeckt hat, das er in sich schließt. Im vorliegenden Fall ist dieß der Gedanke der abstracten Eigenthumsidee: der Anspruch auf Rückgabe der Bereicherung aus meiner Sache ist nur eine nothwendige Consequenz der Eigenthumsidee; wo die reivindicatio versagt, muß die condictio einspringen, sonst ist das Eigenthum Stückwerk.

Eine andere Frage aber ist, ob das, was der abstracten Idee entspricht, sich auch stets praktisch verwirklichen läßt, und darauf ertheilt das Recht bekanntlich häufig eine verneinende Antwort. Der Zweck der leichten, bequemen, sicheren Anwendung des Rechts bringt Bedingungen mit sich, denen die Idee, wenn sie Anspruch auf Verwirklichung erhebt, sich fügen muß, der Gesichtspunkt der Praktikabilität im Recht stellt sich ihr als gleichberechtigter in den Weg und dictirt ihr das Maß ihrer Verwirklichung [1]). So müssen wir denn auch in Bezug

1) Von mir in meinem Geist des R. R. I S. 51 und II, 1 S. 325 fl. (Aufl. 3) bereits ausführlich behandelt.

auf die von uns postulirte Verwirklichung der Eigenthumsidee uns bescheiden, daß das Leben nicht alles ausführen kann, was der Begriff mit sich bringt, daß hier Rücksichten zur Geltung gelangen, die dem letzteren fremd sind, und die sich doch nicht abweisen lassen, wenn das Recht nicht Gefahr laufen will, etwas praktisch Unbrauchbares in die Welt zu setzen. Enthält doch bereits die condictio sine causa in Anwendung auf das Eigenthum, man mag sie so weit erstrecken, wie man will, eine Abschwächung der in der reivindicatio ausgeprägten Idee des Eigenthums, d. h. der Verfolgbarkeit desselben gegen alle Besitzer. Die volle Consequenz desselben würde die Gewährung des dinglichen Schutzes verlangen, so lange derselbe möglich ist. Möglich aber ist er, wenn in der Sache, die der Dritte besitzt, noch irgend etwas von der meinigen enthalten ist, also nicht blos im Fall der confusio und commixtio, wo ja das römische Recht in der That noch die in rem actio zugesteht, sondern auch im Fall der accessio und der specificatio. In den beiden letzteren Fällen würde sich die Klage auf Herausgabe der Sache in die auf Herausgabe ihres Werths verwandeln, und die reivindicatio utilis gegen den Maler auf Ersatz des Werths der Tafel und gegen den Grundeigenthümer auf Ersatz des Werths des eingepflanzten und festgewachsenen Baumes [1]) zeigt, daß den Römern der Gedanke, die reivindicatio auch zu diesem Zweck zu verwenden, nicht als undenkbarer erschienen ist.

Wohin aber gelangen wir, wenn wir die volle Eigenthumsconsequenz in dieser Weise durchführen wollen? Es hat Jemand meinen Leinsamen gestohlen, in sein Grundstück gesät, daraus Flachs gewonnen und letzteren verkauft. Der Käufer macht daraus Leinwand, die er wiederum verkauft, und aus

1) §. 34 I. de R. D. (2, 1) l. 5 §. 3 de R. V. (6. 1).

der ein Anderer Hemden anfertigt; die Hemden, nachdem sie abgetragen, kommen zum Papierfabrikanten, der aus den Lumpen Papier macht, letzteres zum Buchhändler, der es bedruckt, das Buch in die Hände des gegenwärtigen Inhabers. Wer will läugnen, daß in dem Buch, freilich in unendlicher homöopathischer Verdünnung, noch etwas von meinem Leinsamen steckt? Folglich würde mir der starren Consequenz des Eigenthums zufolge gegen den Besitzer des Buchs eine reivindicatio utilis auf Herausgabe der Bereicherung zustehen, denn „meum est, quod ex re mea superest" l. 49 §. 1 de R. V. (6, 1) „quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est", l. 12 §. 3 ad exh. (10, 4). Alle Sachen, in denen sich etwas von meinem Leinsamen befände: der Flachs, die Leinwand, das Hemd, das Papier, würden, wenn der Leinsamen gestohlen worden wäre, nicht usucapirt werden können, denn „si ex lana furtiva vestimenta feceris verius est ut substantiam spectemus et ideo vestis furtiva erit", l. 4 §. 20 de usuc. (41, 3).

Wer wird nicht ein Kreuz schlagen vor einer solchen Consequenz und es nicht dem Recht Dank wissen, daß dasselbe es sich nicht zur Aufgabe gesetzt hat, consequent zu sein, daß es lieber den Vorwurf über sich ergehen läßt, inconsequent als unpraktisch zu sein.

Von einer so excessiven Verfolgung der Eigenthumsidee ist nun in dem Verhältniß, das hier zur Frage steht, nicht die Rede, es handelt sich lediglich um den Anspruch des Eigenthümers gegen denjenigen, bei dem seine Sache oder sein Eigenthum unmittelbar untergegangen ist, also um ein eng begrenztes Verhältniß, bei dem die Voraussetzungen sich abstract eben so leicht formuliren wie konkret leicht nachweisen lassen. Wir stellen uns die Frage: hat das römische Recht der Anforderung, welche wir oben begründet haben, entsprochen? Wir unter-

scheiden den Untergang der Sache und den des Eigenthums ohne Untergang der Sache (Usucapion).

Untergang der Sache.

Erfolgt derselbe durch Vermischung mit einer andern (confusio, commixtio), so spricht das römische Recht dem bisherigen Eigenthümer bekanntlich im Verhältniß des Werthes der Sache das Miteigenthum an dem Vermischungsprodukte zu. Nur das Geld bildet eine Ausnahme; wer fremdes Geld eingenommen und mit dem seinigen vermischt hat, erhält das Eigenthum daran. Hier hätte sich die Gelegenheit geboten, an Stelle der untergegangenen reivindicatio die condictio sine causa zu setzen, das römische Recht hat dies aber nicht gethan, es beschränkt den rechtlichen Erfolg der Consumtion auf das Rechtsverhältniß der beiden sich unmittelbar gegenüber stehenden Personen: Geber und Nehmer; das zwischen beiden beabsichtigte und durch den Eigenthumsübergang bedingte Geschäft (Darlehn, Zahlung, Schenkung) wird durch die auf dem Wege der Consumtion bewirkte Ergänzung des ursprünglichen Mangels hinterher rechtsbeständig [1]). Und doch ist zweifellos das Eigenthum nicht vom Geber, sondern vom Eigenthümer auf den Empfänger übergegangen, da dasselbe, so lange es noch nicht vermischt war, in dessen Eigenthum verblieben war. Nur ein einziger Fall ist mir bekannt, wo dem Eigenthümer gegen den Empfänger eine Klage gegeben wird, es ist der ganz eigenthümlich gestaltete der l. 9 §. 4 ad exhib. (10, 4), in dem der Ju-

1) Das Darlehn, l. 12 i. f. de reb. cred., l. 13 pr. §. 1, l. 19 §. 1 (12, 1), l. 8 Cod. Depos. (4, 34) u. a., l. 56 §. 2 de fidej. (46, 1), das dare conditionis implendae causa durch den statuliber l. 3 §. 9 de statul. (40, 7) . . si sic consumti fuerint, ut nullo casu avelli possent, die Zahlung, l. 17, l. 78, 94 §. 2 de solut. (46, 3); ob der Geber das Geld gestohlen hatte, ist den citirten Stellen zufolge gleichgültig.

rist aber nicht die condictio sine causa, sondern eine act. in factum gibt.

Ein zweiter Fall ist der des Eigenthumserwerbs durch Accession. Die späteren Juristen haben die Billigkeit eines persönlichen Entschädigungsanspruches des Eigenthümers gegen den dritten Besitzer, der in dieser Weise ihn um sein Eigenthum gebracht hat, nicht verkannt, aber die Klage, welche sie ihm gewähren, ist nicht die condictio sine causa, sondern eine actio in factum und die reivindicatio utilis [1]).

Es ist schwer zu begreifen, wie sie zu diesen beiden Klagen hätten greifen sollen, wenn sie eine condictio sine causa für anwendbar gehalten hätten.

Jene Klagen werden dem Eigenthümer der Nebensache nur dann gegeben, wenn der Herr der Hauptsache die Verbindung bewerkstelligt hat, für den Fall dagegen, daß er selber als Besitzer der letzteren dies gethan, steht ihm nach der herrschenden Lehre, die ich für richtig halte, nur ein Retentionsrecht, im Fall der versäumten Geltendmachung desselben aber keine Klage zu [2]). Auf den ersten Blick scheint dies inconsequent zu sein. Was verschlägt es, kann man sagen, wer von beiden die Verbindung bewerkstelligt hat? Der Eigenthümer der Hauptsache ist dadurch bereichert worden, und wenn das Recht einmal in beiden Fällen es für billig erachtet, daß er den Herrn der Nebensache entschädige, warum nicht auch in beiden Fällen eine Klage? Das Argument ist nicht so schlagend, wie es scheint. Es ist doch ein Unterschied, ob ich selber mich durch die Verbindung meiner Sache mit der fremden um das Eigenthum

---

1) L. 23 §. 5 de R. V. (6. 1) . . in factum actio necessaria est — l. 5 §. 3 ibid. l. 9 §. 2 de A. R. D. (41, 1), §. 34 J. de R. D. (2, 1).

2) L. 48 de R. V. (6, 1) . . neque a domino peti possunt, l. 14 §. 1, l. 29 pr. Comm. div. (10, 3), l. 33 de cond. ind. (12, 6), l. 14 de dol. exc. (44, 4).

meiner Sache gebracht habe, oder ob es ein Anderer gethan hat; dort trifft mich der Vorwurf, daß ich mich über das Eigenthum der fremden Sache geirrt habe, hier bin ich selber außer aller Schuld, ich bin durch den Gegner um mein Eigenthum gekommen.

Nur in einem Fall hat die spätere römische Jurisprudenz eine klageweise Nachholung des versäumten Retentionsrechts gewährt, es ist der der l. 5 §. 2 de imp. dot. (25, 1). Der Mann gibt die Dos heraus ohne Abzug der impensae necessariae. Für diesen Fall gewährte Marcellus, wie Ulpian, der sich seiner Ansicht anschließt, berichtet, eine condictio (indebiti), während die meisten anderen Juristen sie versagten. Für letztere sprach, daß das Recht dem Manne wegen seiner Impensen auf die Dos keine Klage, sondern nur ein Recht des Abzugs („deductio") oder der Vorenthaltung („retentio") gegeben hatte [1]), dessen versäumte Geltendmachung nach allgemeinen Grundsätzen durch eine cond. indebiti nicht nachgeholt werden konnte [2]), während Marcellus sich für die Ausnahme, welche er von diesem Satz in Bezug auf die impensae necessariae statuirte, auf den alten Satz: impensae necessariae dotem ipso jure minuunt und die Analogie der versäumten Geltendmachung des Compensationsrechts berufen konnte. Hätte dieser Satz den Sinn gehabt, den man regelmäßig mit ihm verbindet, den ich meinerseits aber bestreiten zu müssen geglaubt habe [3]), so wäre nicht zu verste-

1) L. 8 pr. l. 16 de imp. (25, 1) . . deductionem l. 15 ib. deduci. — Ulp. VI, 9, retentiones ex dote . . . propter impensas.

2) L. 51 de cond. ind. (12, 6). Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus, oder wie l. 7 §. 4 de dote prael. (33, 4) sich ausdrückt; solutionem moratur, non indebitum facit, quod fuit debitum.

3) In meinem Geist des R. R. III, 1 S. 68; das Weitere gehört nicht hierher.

hen, wie Marcellus die allgemeine Ansicht gegen sich haben konnte, und wie Ulpian nur „propter aequitatem“ dessen Meinung glaubte zulassen zu müssen[1]), während sich dies sehr wohl begreift, wenn man den Grund des Satzes mit mir lediglich in prozessualischen Rücksichten findet. Unter dieser Voraussetzung erscheint die Ansicht des Marcellus in Wirklichkeit als ein Versuch, in einem Falle eine Klage zu geben, wo das alte Recht absichtlich nur eine Einrede (in Ipso-jure-Form) gewährt hatte.

Einen dritten Fall, welcher dem römischen Recht zur Gewährung der Bereicherungsklage an den Eigenthümer Anlaß geboten hätte, bildet die Specification. Es ist mir aus den Quellen nur eine einzige Stelle bekannt, welche den Anspruch des früheren Eigenthümers berührt, es ist die l. 30 de don. i. V. (24. 1) von Gajus, welche dem Manne gegen die Frau, die aus der geschenkten Wolle sich Kleider gemacht und damit das Eigenthum erworben hat (l. 29 ib.), eine utilis actio zuspricht, worunter hier, wie in der obigen l. 5 §. 3 de R. V. und in l. 9 §. 2 de A. R. D. (41. 1) die reivindicatio utilis zu verstehen sein wird. Auch hier fällt die Wahl dieser Klage für mich schwer in's Gewicht; sie zeigt wiederum, daß Gajus die condi-

---

1) Bechmann, Das römische Dotalrecht II S. 277 gesteht denn auch offen ein, daß ihm „wenn diese Stelle ohne Einschränkung zu verstehen sei, jeder Schlüssel zur Erklärung der entgegengesetzten Ansicht, wie sie von den plerique vertreten ward, fehle“. Dernburg, Compensation Aufl. 2 S. 140 supponirt den Fall wissentlich unterlassenen Abzuges — ganz willkürlich und mit Recht von Czyhlarz, Röm. Dotalrecht, S. 289 verworfen. Nach Ansicht des letzteren hat sich die Controverse nur auf den Fall bezogen, wenn die Dos in Sachen, nicht wenn sie in Geld bestand — eben so willkürlich, da die Stelle ganz allgemein spricht. Alle drei Schriftsteller und mit ihnen alle, welcher jener Regel eine materielle statt einer rein formell-prozessualischen Deutung geben, erneuern nur den Irrthum des Marcellus d. h. sie geben der Regel eine materielle Bedeutung, die sie im alten Recht einmal nicht hatte.

ctio sine causa in diesem Fall ebensowenig für anwendbar gehalten hat wie in dem der ebenfalls von ihm herrührenden l. 9 §. 2 cit. Dieser Schluß wird meines Erachtens zur Gewißheit, wenn wir die Aeußerung desselben Juristen in seinen Institutionen II §. 79 damit vergleichen. Nachdem er sich hier über die Eigenthumsfrage ausgesprochen und zuerst die Ansicht des Sabinus, welcher dem Stoffeigenthümer das Eigenthum der neuen Sache zusprach, vorgetragen, theilt er die entgegengesetzte der Prokulejaner mit und fügt hinzu:

> sed eum quoque, cujus materia et substantia fuerit, furti adversus eum, qui subripuerit, habere actionem nec minus adversus eundem condictionem ei competere.

Gajus berichtet damit den Grund, mit dem die Prokulejaner den Vorwurf, auf den sie sich gefaßt halten mußten, daß sie nämlich den Eigenthümer völlig schutzlos ließen, zu entkräften gedachten. Allerdings, so lautete ihre Argumentation, sprechen wir dem Specificanten das Eigenthum zu („ejus rem esse .. qui fecerit"), aber auch der Eigenthümer (sed eum quoque) ist nicht schutzlos, denn ihm steht ja die actio furti und condictio furtiva gegen den Dieb zu. Hätten sie auch gegen den Specificanten eine condictio (sine causa) für möglich gehalten, so durfte Gajus, wenn er sie überhaupt zu Worte lassen wollte, dies unmöglich verschweigen, er hätte dann ihren schwächsten Rechtfertigungsgrund wiedergegeben und den stärksten unterschlagen.

Gajus fügt seinerseits noch eine Bemerkung in Bezug auf die condictio furtiva hinzu:

> quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.

(im Indicativ: possunt statt des bisher von ihm gebrauchten Infinitivs: competere).

Daß er damit nicht gemeint gewesen ist, die condictio im obigen Verhältniß über die Person des Diebes hinaus auch auf andere Personen, insbesondere auf den gutgläubigen Specificanten auszudehnen, kann aus einem doppelten Grunde keinem Zweifel unterliegen. Einmal weil Gajus — und er ist es ja, der hier spricht („possunt“) — da er sich zur Ansicht des Sabinus bekannte, dem Stoffeigenthümer, der ihr zufolge das Eigenthum gar nicht verloren hatte, gar keine condictio zugestehen konnte. Und sodann, weil seine Bemerkung nicht die Frage von der Specification selber, sondern lediglich die condictio furtiva trifft, wie aus dem quia, mit dem Gajus sie der letzteren anschließt, (condictionem ei competere, quia) hervorgeht. Der condictio furtiva, wollte er sagen, kann der Untergang der Sache, mag er beim Diebe oder beim Dritten erfolgt sein, nicht entgegengesetzt werden, denn wenn auch

> postea (res) peremta est, tamen durare condictionem veteres voluerunt, quia videtur qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere,

und noch Ulpian in l. 8 ibid. hält es für nöthig, die Frage aufzuwerfen, wie die condictio furtiva, da sie auf den Gegenstand selbst gerichtet sei, fortdauern könne, nachdem derselbe untergegangen sei:

> in re furtiva condictio ipsorum corporum competit, sed utrum tamdiu, quamdiu exstent, an vero et si desierint esse in rebus humanis?

und erledigt dies Bedenken damit, daß sie in diesem Fall zwar nicht auf den Gegenstand selber, sondern auf ihren Werth zu richten sei:

durat condictio aestimationis ejus, corpus enim ipsum praestari non potest.

Bezieht sich der Zusatz von Gajus lediglich auf die condictio furtiva, so kann Gajus mit den „quibusdam aliis possessoribus“ nur diejenigen Personen gemeint haben, gegen welche diese Klage gerichtet werden kann, obschon ein furtum im eigentlichen Sinn des Wortes nicht anzunehmen ist. An welche Personen man aber denken solle, darüber ist man sehr im Zweifel [1]. Vielleicht dürften die folgenden Bemerkungen dazu dienen, diesen Stein des Anstoßes zu beseitigen.

Der im Testament freigelassene Sklave, welcher vor Antritt der Erbschaft Nachlaßgegenstände unterschlagen hatte, beging damit kein furtum [2]; gegen ihn gab der Prätor, um dieser Lücke im Recht abzuhelfen, eine Klage aufs Interesse [3]) bei der er den Ausdruck „furtum“ durch „subripere“ umging (Tit. 47. 4 „si .. subripuisse .. quid dicetur,) [4]), während die Juristen sich nicht scheuten auch hier von einem furtum zu sprechen [5]).

Ob auch in diesem Fall nach Analogie jener Klage eine condictio furtiva möglich war, darüber will ich nicht aburtheilen. In der l. 1 §. 17 wird nur die reivindicatio genannt:

---

1) Windscheid S. 17 seiner Abhandlung stellt in Frage: ob vielleicht unredliche Besitzer, die trotz Mahnung nicht herausgeben. Schrader in seinen Institutionen II §. 26 gesteht seine völlige Rathlosigkeit ein.

2) l. 1 § 1. Si is qui test. liber (47. 4) .. quia hereditati furtum fecit hoc est dominae, dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo, quamvis postea ad libertatem pervenerit. l. 1 § 15 ibid.

3) l. 1 §. 16 ibid.

4) l. 1 §. 10 ibid. .. in locum deficientis furti actionis propter servitutem hanc actionem substituit Praetor.

5) l. 1 §. 14 ib. non tantum autem ad sola furta ista actio pertinet.

Praeter hanc actionem esse et vindicationem rei constat, cum haec actio ad similitudinem furti competat.

Aber wie wenn die Sache kasuell untergegangen war? Die reivindicatio führte dann den Erben nicht zum Ziel; hier konnte nur die condictio helfen. Hat der Jurist in jener Stelle vielleicht statt: vindicationem, wie alle Handschriften lesen: condictionem geschrieben? Dafür möchte man den Grund, dessen er sich zur Rechtfertigung seiner Behauptung bedient: „cum haec actio ad similitudinem furti competat“ geltend machen. Sein Gedankengang wäre dann gewesen: da der Prätor mittelst dieser Klage die actio furti nachgebildet hat, so wird auch analog die condictio furtiva gewährt werden können, die ja, wie Gajus in der obigen Stelle uns sagt, nicht bloß gegen die „fures“ im eigentlichen Sinn, sondern auch gegen „quosdam alios possessores“ zusteht. Ich bin aber nicht gesonnen, diese Emendation des Textes für eine nothwendige zu erklären, da auch die jetzige Lesart einen verständigen Sinn giebt: die vindicatio wird durch die prätorische Klage gegen den ehemaligen Sklaven nicht ausgeschlossen, denn letztere ist wie die act. furti eine Pönalklage, neben welcher die reipersekutorische ihre volle Geltung hat.

Wie es sich aber auch hiermit verhalten haben möge, jedenfalls fehlt es nicht an Fällen einer condictio furtiva gegen andere Personen als den Dieb. Der Räuber ward von den Römern wie von uns vom Diebe unterschieden [1]) und doch fand gegen ihn die condictio furtiva Statt [2]), in Bezug auf

1) l. 14 §. 12 quod met. (4. 2) l. 3 §. 5 vi bon. rapt. (47. 8) l. 3 §. 5 de inc. (47. 9) l. 10 §. 1 de cond. furt. (13. 1). Darnach ist also der „fur“ in l. 13 §. 2 de jurej. (12. 2) in dem weiteren Sinn des Textes zu verstehen.

2) l. 2 §. 26 vi bon. rapt. (47. 8).

die Spießgesellen derselben, welche die Römer in genauer Sprache ebenfalls von ihnen unterscheiden [1]), wird dies schwerlich Jemand bezweifeln.

Den letzten Passus von Gajus haben die Compilatoren Justinians in die Institutionen hinübergenommen (§. 26 J. de R. D. 2. 1), nur daß sie ihn hier mit dem Eigenthumserwerb durch Accession in Verbindung gebracht haben, und daß an die Stelle des „quibusdam“ von Gajus „quibusque“ getreten ist. Die Autorität von Theophilus (*κατὰ πάντων νομέων*) zeigt, daß diese Lesart die ächte ist, aber zugleich auch, daß die Compilatoren dabei nicht an die condictio sine causa, sondern die condictio furtiva dachten, denn Theophilus wiederholt, indem er der „Diebe und aller andern Besitzer“ gedenkt, ausdrücklich zwei Mal den Namen der letzteren Klage. Was er sich dabei gedacht hat, können wir ihm überlassen, jedenfalls steht fest, daß er n i c h t an die condictio sine causa gedacht hat.

In den Institutionen fehlt zwar in dem Schlußsatz:

„nam exstinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et a quibusque aliis possessoribus possunt“.

die Hinweisung auf die condictio furtiva, und wer einen Text lediglich aus sich selber glaubt interpretiren und alle historischen Hülfsmittel zur Feststellung seines Sinnes, so weit sie nicht in den offiziellen Quellen enthalten sind, verschmähen zu müssen, der mag im vorliegenden Fall, indem er sich streng an die Worte des Textes hält und die Zeugnisse von Gajus und Theophilus zurückweist, die Beschränkung jenes Passus auf die condictio furtiva für unstatthaft erklären und das condici der

---

1) So z. B. die abigei, l. 1 §. 1 l. 3 pr. de abig. (47. 14), expilatores, effractores l. 1 §. 1, 2 de effr. (47. 18) plagiarii, l. 6 pr. §. 2 de leg. Fab. (48. 15).

Stelle gleichmäßig auf sie und die condictio sine causa beziehen, aber wer denn einmal den Buchstaben anruft, möge ihn auch voll gelten lassen und seinerseits ihm nicht Gewalt anthun. Dann gewinnen wir aus dieser Stelle das erbauliche Resultat, daß der Eigenthümer, wenn seine Sache beim b. f. possessor untergegangen ist, einerlei, ob mit oder ohne seine Schuld, einerlei, ob er dadurch bereichert ist oder nicht, sie von ihm condiciren kann, ganz so wie vom Diebe — ein Satz, durch den alles, was wir sonst von der Rechtstellung des b. f. possessor wissen, über den Haufen geworfen werden würde!

Das Resultat, zu dem ich gelange, ist, daß die Institutionenstelle der Theorie der condictio sine causa in der hier besprochenen Anwendung keine Stütze gewährt, und ich freue mich, daß Windscheid, der ebenso wie ich [1]) sie früher auf diese Klage bezogen hatte [2]), diese Ansicht jetzt in seiner Abhandlung (S. 16, 17) zurückgenommen hat. Allerdings ist die Art, in der er dies thut, keine ganz bestimmte. Wo er die Stelle zuerst berührt, erklärt er die Frage, ob sie auf den gutgläubigen Besitzer bezogen werden könne, für „zweifelhaft", wenige Zeilen weiter aber steigert sich dies bloße „zweifelhaft" schon zu „außerordentlich zweifelhaft", der Grund aber, mit dem er seinen Zweifel motivirt, und die Form, in der er ihn vorbringt, beweisen, daß er sich in Wirklichkeit außer Stand fühlt, seine alte Ansicht aufrecht zu erhalten. Er erkennt an, daß die condictio der Stelle auf die Sache selbst („res exstinctae"), nicht auf die bloße Bereicherung gehe, und knüpft daran die Frage: „wie sollte sie einen andern Inhalt haben gegenüber den andern Besitzern, auf welche sie erstreckt wird"? Darin

---

1) In der citirten Abhandl. S. 79 und in diesen Jahrbüchern I. S. 138 Note 24.

2) Lehrbuch I §. 190 Anm. 4.

vermag ich meinerseits, da er auf diese Frage selber keine Antwort gibt, nichts anderes zu erblicken als das Zugeständniß, daß die Klage auf letztere nicht bezogen werden könne, und ich verstehe es nicht, wie er gleichwohl fortfahren kann: „es sei ihm daher viel wahrscheinlicher, daß u. s. w.“ und ebenso wenig, wie er nach diesem abermaligen wiederum zweifelnden Ausdruck schließlich ganz kategorisch sagen kann: „die Stelle denkt eben an die redlichen Besitzer nicht, und wenn sie condictionem rei auf unredliche Besitzer beschränkt, so läßt sie die Frage, ob und wie weit condictio pretii zulässig sei, offen“? Entweder ist letzteres das richtige, dann handelt es sich nicht mehr um „zweifelhaft, außerordentlich zweifelhaft, viel wahrscheinlicher“, oder aber die Frage ist wirklich zweifelhaft, dann hat Windscheid mit dem letzteren Satz zu viel gesagt. Meines Erachtens ist sie es nicht, ich glaube vielmehr den Beweis erbracht zu haben, daß die Institutionenstelle auf den gutgläubigen Besitzer gar nicht bezogen werden kann, sie scheidet daher für unsere Untersuchung völlig aus.

Bisher haben wir demnach von der angeblichen condictio sine causa auf Bereicherung noch nicht die geringste Spur entdeckt, untersuchen wir nun, ob der letzte noch übrige Fall der Bereicherung des gutgläubigen Besitzers aus fremder Sache uns ein günstigeres Resultat gewährt.

Es ist der der Consumtion. Meines Wissens berühren unsere Quellen die Frage nur in Bezug auf die Consumtion des Geldes und der Früchte, wenigstens erinnere ich mich keiner Aeußerung der Quellen, welche sie in Anwendung auf andere Sachen behandelte [1]).

---

1) Die l. 30 §. 2 ad. leg. Aq. (9. 2) spricht von der Consumtion einer fremden Sache durch den malae fidei possessor, ebenso l. 9 §. 1 ad exh. (10. 4). Nach der letzten Stelle scheint der Jurist für den

Für den ersten Fall ist die Gestalt der Sache außer allem Zweifel. Wenn Jemand einem Andern fremdes Geld gibt, (wissentlich oder unwissentlich, selbst der Dieb,) so entstehen durch die Consumtion desselben nur Wirkungen zwischen beiden Personen, im Fall der Hingabe zum Darlehn die condictio ex mutuo, im Fall der Hingabe zur Zahlung, Befreiung von der Schuld [1]), für den Eigenthümer äußert die Consumtion seines Geldes keine Wirkung, es steht ihm gegen den Empfänger nicht die condictio sine causa zu, wie es ja nach der Windscheid'schen Bereicherungstheorie der Fall sein müßte.

Für den zweiten Fall: den der Consumtion der Früchte der fremden Sache von Seiten des b. f. p. stellt das römische Recht bekanntlich den Satz auf, daß der b. f. p. für die consumirten Früchte keine Entschädigung zu leisten habe — bonae fidei possessor fructus consumtos suos facit.

Windscheid hat (S. 24) das Gewicht, welches dieser Satz gegen seine Theorie in die Wagschale wirft, in einer Weise zu entkräften versucht, die mich nicht überzeugt hat. Das Recht des redlichen Besitzens an den Früchten, sagt er, ist eben ein besonderes, gerade für den Fruchtfall aufgestelltes Recht. Ich bin damit einverstanden, insoweit es sich um den Eigenthumserwerb an den Früchten handelt (b. f. p. fructus perceptos suos facit), den Windscheid aber seinerseits nicht annimmt (Lehrbuch der Pandekten I §. 186). Dagegen nicht einverstanden, soweit es sich um die Consumtion handelt (b. f. p. fructus consumtos suos facit). In Bezug auf

---

Fall der bona fide erfolgten Consumtion keine Klage gewähren zu wollen, da er die Voraussetzung des dolus ausdrücklich betont.

1) l. 13 pr., l. 19 §. 1 de R. Cr. (l. 2. 1), l. 56 §. 2 de fidej. (46. 1), l. 17, 94 §. 2 de solut. (46. 3).

dies letztere Recht des b. f. p., das hier allein in Frage steht, setze ich der Behauptung Windscheid's, daß es eine Besonderheit des Fruchtfalls, also eine Abweichung von allgemeinen Grundsätzen enthalte, die andere entgegen, daß es auf einer Anwendung derselben beruht. Nach meiner Ansicht hat der gutgläubige Besitzer für das geschlachtete Kalb aus dem Grunde keinen Ersatz zu leisten, weil er ihn auch für die geschlachtete Kuh nicht zu leisten hat, Hauptsache und Frucht stehen sich in dieser Beziehung völlig gleich; nach Windscheid findet zwischen beiden Fällen eine wesentliche Verschiedenheit Statt, für das Kalb fällt die Entschädigungspflicht hinweg, für die Kuh nicht. Woher und warum eine Besonderheit in Bezug auf die Früchte? Es bedarf besonderer Gründe, um sie zu rechtfertigen, und Windscheid hat sich der Aufforderung nicht entzogen, dieselben namhaft zu machen.

Ich gebe seine Motivirung wörtlich wieder. „Das Recht des b. f. p., sagt er, beruht ohne Zweifel auf der Auffassung, daß durch das Verzehren von Früchten eine Bereicherung nicht hervorgebracht werde. Verzehren an und für sich schafft nie eine Vermehrung des Vermögens, sondern nur eine Vermehrung des Wohlbefindens der Verzehrenden; Verzehren schafft nur insofern eine Vermehrung des Vermögens, als dadurch das Verzehren von im Vermögen befindlichen Sachen erspart wird und diese dadurch dem Vermögen erhalten werden. Nun ist aber offenbar die Meinung des römischen Rechts die, daß die wirthschaftliche Bestimmung der Früchte nicht die Aufspeicherung, sondern der Verbrauch ist, und daß wer mehr an Früchten zieht, auch mehr verbrauchen wird."

Diese wenigen Sätze schließen drei Behauptungen in sich, denen ich mich bisher nicht erinnere begegnet zu sein, und welche die Wissenschaft bei der Autorität, welche sie bei dem Namen ihres Urhebers beanspruchen können, meines Erachtens

alle Ursache hat einer genauen Prüfung zu unterziehen. Es sind folgende.

1. Die Begriffsbestimmung der Bereicherung bei der Consumtion.

Ist es wahr, daß das Verzehren stets nur eine Vermehrung des Wohlbefindens des Verzehrenden schaffe? Wenn der Besitzer des fremden Grundstücks mit dem auf demselben gewonnenen Hafer seine Pferde füttert, so erhöht er damit nicht sein persönliches Wohlbefinden. Wenn er mit dem auf demselben gewonnenen Heu seinen Ochsen mästet und damit so und so viel Pfund Fleisch erzielt, so ist das Produkt nicht blos das negative der Ersparung von sonst nothwendig gewesenen Ausgaben, sondern das Heu hat sich verwandelt in Fleisch, es ist in anderer Form noch gegenwärtig in seinem Vermögen vorhanden.

Und sodann: was soll die Behauptung, daß das Verzehren „an und für sich nie eine Vermehrung des Vermögens, sondern nur die des Wohlbefindens des Verzehrenden schaffe", da sie sofort wieder durch den Zusatz eingeschränkt wird, daß sie es dennoch „insofern thue, als dadurch andere Sachen dem Vermögen erhalten bleiben"? Was heißt „an und für sich"? Sollen wir darunter verstehen: den Akt des Verzehrens ohne alle Beziehung auf das Vermögen des Verzehrenden? Für uns handelt es sich ja lediglich um diese letztere Beziehung, um die Bestimmung des Einflusses, den das Verzehren — und zwar nicht der eigenen, sondern der fremden Sache — auf das Vermögen des Verzehrenden ausübt, also um die Frage: läßt sich der dadurch erreichte Erfolg als Bereicherung aus fremder Sache bezeichnen oder nicht? Darauf ertheilen uns unsere Quellen eine ganz bestimmte Antwort: der Verzehrende ist soweit bereichert, als

er mit der fremden Sache erreicht hat, was er sonst mit der eigenen würde haben thun müssen oder gethan haben. Nicht das gilt ihnen als das Entscheidende, wie viel von der verzehrten Sache noch substantiell im Vermögen des Verzehrenden fortdauert, sondern ob ihm eine Ausgabe, die er sonst hätte machen müssen, erspart worden ist. Füttert er mit der fremden Gerste seine Hühner, so dauert dieselbe in Form des Fleisches, das dadurch erzeugt ist, substantiell in seinem Vermögen fort; verwendet er dieselbe zur Nahrung von sich und den Seinigen, so nicht, da der menschliche Körper nicht Gegenstand des Vermögens ist. Aber eine Bereicherung durch die Gerste erkennen unsere Quellen in beiden Fällen an. Ebensowenig legen sie beim fremden Gelde darauf Gewicht, ob dasselbe juristisch im Vermögen fortdauert oder nicht. Gibt der Besitzer dasselbe einem Andern zum Darlehn, so dauert es juristisch fort in Form der Darlehnsklage; verwendet er es für die laufenden Ausgaben des Haushaltes, so ist es juristisch untergegangen, aber bereichert worden ist er hier wie dort.

Ich weiß kaum, ob ich nöthig habe, für diese bekannten Dinge Quellenstellen zu citiren. Eine reiche Fundgrube für dieselben bieten die Titel der Pandekten: de in rem verso (XV, 3), de hereditatis petitione (V, 3) und in Bezug auf den Ersatz der Impensen die de reivindicatione (VI, 1) und de impensis in res dotales factis (XXV, 1).

Als Bereicherung (in rem versio) wird in dem ersten Titel jede Consumtion von Seiten des Sklaven bezeichnet, welche den Erfolg hatte, „ut aut rem meliorem habeat aut non deteriorem“ (l. 3 §. 1), und als Beispiele werden angeführt: “si triticum acceperit, et id ipsum in familiam domini cibariorum nomine consumserit — si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alen-

dam vel si ad vestiendam“ — si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit und in l. 3 §. 5: si alii crediderit, quod nomen ei acquisitum est. Unter den Gesichtspunkt der Bereicherung fallen aber nicht blos die schlechthin nothwendigen Ausgaben, sondern auch die standesmäßig gebotenen, l. 7 §. 3: si odores et unguenta servus emerit et ad funus erogaverit, quod ad dominum suum pertinebat oder die bisher gewohnten l. 3 §. 3: secundum consuetudinem domini i. e. usque ad eum modum, quem dominus ei praestare consueverat, l. 7 §. 13 ad S. C. Maced. (14. 6) eam quantitatem, quam pater solebat subministrare, l. 65 §. 7 de cond. ind. (12. 6): habitationē data pecuniam condicam, non quanti locari potuit, sed quanti tu conducturus fuisses, l. 25 §. 16 de her. pet. (5. 3): ut in id factus locupletior videatur, quod solebat ipse erogare ... in statutis vero sumtibus videatur locupletior factus. Als Princip für die ganze Frage läßt sich der Ausspruch der letzteren Stelle benutzen: verius est, ut ex suo patrimonio decedant, quae, etsi non heres fuisset, erogasset d. h. die Consumtion der fremden Sache begründet dann eine Bereicherung, wenn sie für einen Zweck erfolgt ist, den der Besitzer sonst aus eignem Vermögen würde bestritten haben, nam hoc ipso, quod non est pauperior factus, locupletior est, l. 47 §. 1 de solut. (46. 3): id enim ipsum capere videtur, qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit.

Nach diesen Quellenäußerungen, die sich, wie jeder Kenner weiß, durch unzählige andere vermehren ließen, unterliegt es keinem Zweifel, daß die Consumtion einer fremden Sache eine Bereicherung enthalten kann, daß mithin, wenn der Satz wahr ist, daß grundlose Bereicherung aus fremder Sache die condictio sine causa erzeugt, die letztere Klage im Fall

einer derartigen Consumtion dem Eigenthümer zustehen müßte. Gewährt das römische Recht sie? Ich habe mich vergebens nach derselben umgesehen. Die Titel de condictione sine causa und de reivindicatione beobachten über sie tiefes Schweigen, und doch hätten die Compilatoren insbesondere in dem letzteren Titel bei Gelegenheit der Frage von der Haftung des Besitzers, qui dolo desiit possidere, die dringendste Veranlassung gehabt, auch die Frage von der Haftung des b. f. p. auf Grund der Consumtion zur Parallele heranzuziehen. In einem Falle ist die Haftung desselben ausdrücklich anerkannt worden, nämlich bei dem gutgläubigen Besitzer der Erbschaft, aber hier ist dieselbe erst durch einen speciellen Akt der Gesetzgebung: das S. C. Juventianum ausdrücklich eingeführt worden. Wozu dies, wenn man schon mit der condictio sine causa denselben Zweck hätte erreichen können? In der That aber stützen die Juristen die Haftung desselben ausschließlich auf das S. C., so z. B. Paulus, in l. 28 de her. pet. (5. 3): post SCum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum est. Wie konnte Hadrian in seinem Begleitschreiben zu dem Entwurf des S. C. den Grundsatz der Haftung des gutgläubigen Besitzers der Erbschaft bis zum Betrage der Bereicherung als eine erst reiflich zu erwägende Neuerung bezeichnen, wie er es in l. 22 ibid. thut:

> Dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere?

und ihn noch erst durch den Gesichtspunkt unterstützen:

> quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum,

wenn der Grundsatz bereits durch die condictio sine causa principiell und für das gesammte Recht anerkannt und processualisch verwirklicht worden war? Oder wenn dieß damals noch nicht der Fall war, wenn also die Bereicherungstheorie erst von der hereditas auf den Verkehr unter Lebenden, d. h. auf die res singulares im Gegensatz zur universitas übertragen worden ist, warum knüpfte die Jurisprudenz den Fortschritt in dieser Richtung nicht ganz ebenso an das S. C. an, wie sie es in Bezug auf die Haftung des Beklagten für dolus praeteritus that? Mit demselben Recht, mit dem der Jurist in l. 27 §. 3 de reiv. (6. 1) sagt:

> cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci.

hätte er, wenn einmal die Jurisprudenz den Singularbesitzer für die Bereicherung ganz so haften lassen wollte wie den Universalbesitzer, (wie es ja der Windscheid'schen Theorie entspricht), auch dafür die Analogie des Senatsconsults in Bezug nehmen und mutatis mutandis sagen können:

> cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, omne lucrum bonae fidei possessori aufertur, non est absurdum, per consequentias et in speciali in rem actione lucrum auferri.

Damit hatte man ja auch zugleich die passende Klage, nämlich die reivindicatio. Kann letztere nach Art der hereditatis petitio durch dolus praeteritus perpetuirt werden, warum nicht auch durch Bereicherung? Wenn die Jurisprudenz diese Erstreckung in letzterem Fall ablehnte, so kann das nur den materiellen Grund gehabt haben, daß sie die Bereicherung des Singularbesitzers aus der Sache mit anderen Augen

ansah als die des Universalbesitzers, und ich hoffe, unten den Grund dafür angeben zu können.

Daß die römischen Juristen, nachdem einmal der Grundsatz der Haftung des vermeintlichen Erben auf Herausgabe der Bereicherung durch jenes Senatusconsult für die her. pet. aufgestellt worden war, sich auch der Möglichkeit einer auf denselben Zweck wie letztere gerichteten condictio sine causa bewußt geworden sind, ergibt sich aus l. 3 §. 2 de transact. (2. 15). In dem Fall dieser Stelle hatte ein Nichterbe, der sich als Erbe gerirte, mit einem erbschaftlichen Schuldner einen Vergleich abgeschlossen und in Folge dessen von ihm eine Abfindungssumme erhalten, und der Jurist wirft hier die Frage auf, ob der Erbe sie „quasi sub praetextu hereditatis acceptam condictione repetere possit? Er verneint zwar diese Frage, aber der Umstand, daß er sie überhaupt aufwirft, zeigt, daß ihm der Gedanke, die Bereicherung aus der Erbschaft statt mit der her. pet. auch mit der cond. sine causa beizutreiben, als ein juristisch möglicher erschien. Wie wenig aber der Schluß von den Grundsätzen über die Bereicherung aus der Erbschaft auf die aus einer einzelnen Sache verstattet ist, dafür wird es genügen, auf die Aeußerung von Paulus in l. 21 de her. vend. (18. 4): sed hoc in re singulari non potest credi Bezug zu nehmen [1]).

Ich wende mich der zweiten Behauptung von Windscheid zu.

2. Das Verzehren von Früchten enthält keine Bereicherung.

Ich lasse die Frage nach dem Warum? zunächst dahin ge-

1) Der weiteren Ausführung dieses für die Bereicherungsklage höchst einflußreichen Gegensatzes glaube ich mich mit Bezugnahme auf meine oben citirten Abh. aus dem R. R. S. 31 fl. und S. 74, 77 enthalten zu können.

stellt, es genügt mir hier zu constatiren, daß diese Behauptung dem römischen Recht nicht entspricht. Bei allen Condictionen, welche auf Rückgabe der Bereicherung gerichtet sind, müssen auch die Früchte mit herausgegeben werden, einerlei, ob sie noch existiren oder bereits consumirt sind; so bei der cond. ob causam datorum[1]), der condictio indebiti[2]), ebenso bei allen auf restituere gerichteten Klagen[3]). Zur Klasse der letzteren gehört auch die reivindicatio, und der b. f. p. hat bekanntlich die fructus exstantes zu restituiren, trotzdem daß er an ihnen bereits das Eigenthum erworben hatte, nur für die fructus consumti braucht er keinen Ersatz zu leisten. Etwa weil er durch sie nicht bereichert ist? Aber wenn er seinerseits einen Anspruch wegen der Impensen erhebt, muß er sie sich anrechnen lassen[4]), folglich muß er doch durch sie bereichert sein. Nicht also die Bereicherung des b. f. p. durch die consumirten Früchte, sondern lediglich die Haftpflicht zur Herausgabe derselben ist es, welche das römische Recht verneint. Es verhält sich damit eben so, wie mit der Bereicherung durch die Früchte der von dem einen Ehegatten dem andern geschenkten Sache; die Bereicherung erkennt das römische Recht an, die Verpflichtung zur Herausgabe derselben schließt es aus[5]). Bei der hereditatis pe-

1) l. 38 §. 1 §. 3 de usur. (22. 1) l. 7 §. 1, l. 12 de cond. c. d. (12. 4).

2) l. 38 §. 2 de usur. (22. 1) l. 15 pr., l. 65 §. 5 de cond. ind. (12. 6).

3) l. 38 §. 4 cit.: verbum restituas, quod in hac re Praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur, l. 27 §. 1 de minor. (4. 4) . . fructus, quibus locupletior factus est, recipiat . . praedia cum fructibus restituere. l. 16 Cod. de evict. (8. 45).

4) l. 48 de R. V. (6 1). Ebenso in l. 1 §. 4 de pign. (20. 1) und l. 42 §. 2 Sol. matr. (24. 3).

5) l. 17 de don. c. V. (24. 1) . . ex fructibus locupletata sit, fructus quoque ut usuras licitam habere donationem. Nicht entgegen l. 8 Cod. ibid. (5. 16), wo es sich um die Früchte des Dotalgrundstückes handelt, die der Mann der Frau zu ziehen überlassen hatte, die Möglichkeit

titio dagegen muß der Besitzer sich auch die consumirten Früchte anrechnen lassen [1]), der m. f. p. zum ganzen Betrage, der b. f. p., so weit er durch sie bereichert ist.

3. Die Meinung des römischen Rechts ist offenbar die, daß die wirthschaftliche Bestimmung der Früchte nicht die Aufspeicherung, sondern der Gebrauch ist, daß wer mehr an Früchten zieht auch mehr gebrauchen wird.

Dagegen habe ich dreierlei einzuwenden.

Erstens bestreite ich jene angebliche Auffassung des römischen Rechts, und ich hätte gewünscht, daß Windscheid, da er sie nicht als eine bloße Vermuthung seinerseits, sondern als „offenbare" anführt, den Grund angegeben hätte, worauf er seine Behauptung stützt. Ich kenne keinen; denn das Recht des b. f. p. an den Früchten, das er durch sie zu erklären gedenkt, kann doch nicht selber wiederum zum Beweise derselben benutzt werden, das wäre ein Zirkel. Nach meinem Dafürhalten hat das römische Recht jene Auffassung nicht bloß nicht gehabt, sondern sie gar nicht haben können.

Die Früchte sollen nicht dazu da sein, daß sie „aufgespeichert" werden? Jedes Kornmagazin lehrt das Gegentheil. Sind die Jungen der Thiere dazu da, daß sie „gebraucht" werden? Dann würde es ja gar keinen Nachwuchs bei den Thieren geben. Die Kälber und Lämmer werden doch nicht bloß geschlachtet, sondern auch aufgezogen. Und selbst die Wolle der Thiere wird von dem, der sie zieht, nicht immer consumirt, sondern verkauft, und das ist eine Verwendungsart, welche die Früchte mit allen sonstigen Sachen theilen.

---

einer Bereicherung durch Consumtion der Früchte aber ebenfalls anerkannt wird: si fructus . . . uxor tua consumsit . . . sin ex his locupletior facta est.

1) l. 20 §. 3, l. 25 §. 20 de her. pet. (5. 3).

Zweitens. Der obige Gesichtspunkt ist aber nicht bloß zu eng, indem er die wirthschaftliche Bestimmung der Früchte keineswegs erschöpft, sondern er ist auch zu weit, indem er mehr umfaßt, als er umfassen soll, denn er trifft nicht bloß für die Früchte, sondern für alle Consumtibilien zu, ja für letztere in erhöhtem Maße, denn die Feldfrüchte kann der Besitzer auch säen, das Jungvieh auch aufziehen, statt zu consumiren, das fremde Bier, Oel, Wein, Brod, Fleisch, Brennmaterial, Geld kann er nur consumiren. Wenn bei irgend einer Kategorie von Sachen die Windscheid'sche Behauptung von einer ökonomischen Bestimmung derselben zum Zweck des Gebrauchs im Gegensatz zu dem der Aufspeicherung Platz greifen könnte, (was ich meinerseits bestreite, da die gegenwärtige Aufspeicherung den demnächstigen Gebrauch nicht ausschließt), so müßte es bei den Consumtibilien sein, der gutgläubige Besitzer müßte mithin bei ihnen im Fall der Consumtion von der Ersatzpflicht frei sein, was mit der Windscheid'schen Bereicherungstheorie in Widerspruch steht.

Drittens. Aber angenommen, der Gesichtspunkt wäre für die Früchte wahr und erstreckte sich über sie nicht hinaus, so verstehe ich nicht, wie er die Römer habe bestimmen sollen, den gutgläubigen Besitzer von der Verpflichtung zum Ersatz der Bereicherung frei zu sprechen. Was verschlägt es für den Eigenthümer, ob der Besitzer die Sache bestimmungsgemäß oder bestimmungswidrig für seinen Nutzen verwandt hat. Ja, ich meine, im ersten Fall würde er erst recht die Bereicherung verlangen können, er würde dem Besitzer, der ihm einwendete: ich habe die Sache bestimmungsgemäß gebraucht, erwidern können: eben darum haftest Du, denn Dir hat die Sache den Dienst geleistet, dessentwegen sie da ist, der ihr ihren Werth verleiht. Dann müßte auch der Besitzer, welcher den fremden Obstbaum in sein Grundstück gepflanzt, der Maler,

welcher die Tafel bemalt, der Hauseigenthümer, welcher die fremden Tapeten an seine Wand geklebt hat, von der Ersatzpflicht frei werden, denn sie alle haben die Sache bestimmungsgemäß verwandt.

Windscheid fügt sodann noch einen andern Grund hinzu: „wer mehr an Früchten zieht, wird auch mehr gebrauchen". Es ist mir unklar, was er sich dabei gedacht hat. Worauf bezieht sich das „mehr"? Heißt es: wer mehr fruchttragende Sachen besitzt, als ein Anderer, wird auch mehr Früchte verbrauchen als letzterer? oder: wer eine fremde fruchttragende Sache besitzt, wird mehr Früchte gebrauchen, als er es sonst d. h. wenn sie ihm zum Eigenthum gehörte, oder als wenn er sie gar nicht besäße, thun würde? In beiden Richtungen ist die Behauptung unrichtig. In der ersten — denn von den Früchten, die der Bauer oder Gärtner zieht, kommt vielleicht das Wenigste auf seinen eigenen Tisch, das Meiste auf den Tisch des Städters, der sie nicht selber zieht. In der zweiten — denn der Umstand, daß das Grundstück, von dem der gutgläubige Besitzer die Früchte zieht, ihm nicht gehört, kann für ihn gar keinen Grund abgeben, von denselben mehr zu gebrauchen, als wenn er Eigenthümer wäre, da er ja von diesem Umstande nichts weiß. Die Behauptung aber, daß er, weil er die fruchttragende Sache besitzt, mehr an Früchten gebrauchen wird, als er es thun würde, wenn er die Früchte kaufen müßte, ist in dieser Allgemeinheit gewiß nicht richtig; ist der Besitzer arm, so gebraucht er nicht mehr, als er schlechterdings nöthig hat, ist er reich, so gebraucht er mehr, aber nicht weil er die fruchttragende Sache besitzt, sondern weil er reich ist d. h. aus Gründen, die mit jenem Umstande nichts zu schaffen haben.

Dem Bisherigen nach kann ich den Versuch Windscheid's den Satz des römischen Rechts, daß der gutgläubige Besitzer die consumirten Früchte lucrire, aus der eigenthümlichen ökono-

mischen Bestimmung derselben zu erklären, nicht für gelungen erachten.

Nun will ich zwar keineswegs in Abrede nehmen, daß nicht die Römer, auch wenn sie den Anspruch wegen Consumtion der Früchte versagen zu sollen glaubten, dennoch in Bezug auf die Consumtion der Hauptsache das Entgegengesetzte hätten bestimmen **können**, allein da unsere Quellen meines Wissens nicht den geringsten Anhalt dafür darbieten, daß sie dies wirklich gethan **haben**, wohl aber, wie oben nachgewiesen, umgekehrt verschiedene Gründe vorliegen, welche diese Annahme höchst unwahrscheinlich erscheinen lassen, so sehe ich keinen Grund ein, warum wir uns den Anhaltspunkt, welcher uns die Entscheidung der Frage in Bezug auf die Consumtion des Geldes und der Früchte darbietet, entgehen lassen sollten. Thatsache ist, daß die Römer bei dem gegebenen fremden Gelde dem Eigenthümer der dasselbe vor der Consumtion durch den gutgläubigen Empfänger hätte vindiciren können, nach der Consumtion den Anspruch versagen, Thatsache, daß sie bei den Früchten, die, so lange sie existirten, bei Gelegenheit der reivindicatio der Hauptsache hätten beansprucht werden können, den Anspruch, der bisher bestand, mit der Consumtion untergehen lassen, daß sie also nicht der Ansicht waren, als müsse der Anspruch die Sache selber überleben und, wenn er in der einen Form beseitigt sei, in einer andern wieder aufleben. Und doch bot sich in dem letztgenannten Verhältniß processualisch die bequemste Gelegenheit für die Forterhaltung des Anspruchs dar, da die reivindicatio in Bezug auf die Hauptsache ja noch fortdauerte und, wie sie sich auch auf die fructus exstantes erstreckte, so auch auf die fructus consumti hätte ausgedehnt werden können, während es bei der Consumtion der Hauptsache einer besonderen Klage bedurfte. Wenn dies nicht geschehen ist, wenn das römische Recht die Klage auf die consumirten Früchte ausdrücklich **versagt** und

eine Bereicherungsklage wegen der consumirten Hauptsache nirgends erwähnt haben, welche andere Antwort bleibt uns übrig als die, welche mich von der Theorie von Windscheid trennt: nach Ansicht der Römer macht die Consumtion der Sache durch den gutgläubigen Besitzer dem Recht des Eigenthümers und dem Streit ein Ende?

Wie wenig die Römer geneigt gewesen sind, den Gedanken des Eigenthums bis in seine äußersten Konsequenzen zu verfolgen, dafür gibt das Recht des gutgläubigen Besitzers an den Früchten noch einen andern Beleg: mit der Vindication der Hauptsache ist auch der Anspruch wegen der fructus exstantes erloschen. Zwar lehrt Windscheid (Pandekten §. 186) auch in dieser Beziehung das Gegentheil, nach seiner Ansicht können dieselben nicht bloß von dem ursprünglichen, sondern selbst von dem spätern Besitzer vindicirt werden. Ich meinerseits halte diese Ansicht nicht mit den Quellen für verträglich [1]), und kann den Grund, der Windscheid veranlaßt hat sich zu ihr zu bekennen, nur in derselben Auffassung erblicken, die ich hier genöthigt bin zu bekämpfen, als müsse das Recht den Eigenthumsschutz bis in seine äußersten Consequenzen verfolgen. Von diesem Standpunkt aus betrachtet ist es vollkommen folgerichtig, daß der einmal anerkannte Anspruch des Eigenthümers an den fructus exstantes auch so lange fortdauern muß, als letztere existiren. Aber das ist eben nicht der Standpunkt des römischen Rechts. Wäre er es gewesen, so hätte dasselbe den Anspruch wegen der Verzugszinsen nicht mit dem Hauptanspruch untergehen, den wegen rückständiger Conventionalzinsen nicht mit der Hauptschuld verjähren lassen dürfen, denn was relevirt vom rein logischen Standpunkt der Untergang des Hauptanspruches für den des Nebenanspruches? Mag ersterer untergehen, letzterer dauert

1) Daß ich diese weittragende und hier nur gelegentlich berührte Frage an dieser Stelle nicht weiter behandle, wird nicht der Rechtfertigung bedürfen.

fort! Wer einmal den Anspruch auf die Früchte, Verzugszinsen, conventionellen Zinsen anerkannt hat, der hat sich damit selber die Hände gebunden. Der Logiker mag recht haben, aber das römische Recht ist einmal so verstockt sich an ihn nicht zu kehren, es hält es für praktischer, den Anspruch auf die Nebensache in die Form des Nebenanspruchs zu bringen und ihn mit dem Hauptanspruch untergehen zu lassen — gegen den gutgläubigen Besitzer der Hauptsache gibt es nach Untergang derselben wegen der Früchte keine Klage, ebenso wenig gegen denjenigen, der dieselben von ihm gekauft hat, es ist eben nur die reivindicatio der Hauptsache, mit der sie accessorisch beansprucht werden können. Ebensowenig gibt es eine Klage wegen der Verzugszinsen nach Tilgung der Hauptschuld, wegen der vertragsmäßigen Zinsen nach Verjährung der Hauptforderung.

Ein anderes Beispiel dieses sich über alle logischen Grundsätze hinwegsetzenden Eigenthums gewährt die beschränkte Form, in die das römische Recht den Anspruch des Besitzers bei der reivindicatio auf Ersatz der Impensen gebracht hat. Es ist bekanntlich die der exceptio doli. Der Logiker sagt: wenn einmal der Anspruch anerkannt wird, warum bloß die Form der exceptio doli? Ist er einmal anerkannt, so muß er auch in Form der Klage geltend gemacht werden können. Ein wunderliches Recht das römische! Auch hier versagt es die Klage, auch hier bringt es den Anspruch wiederum nur in die Form eines Nebenanspruchs bei der reivindicatio.

Einer derartigen Gestaltung des Rechts gegenüber bleibt uns nichts übrig als das bescheidene Eingeständniß, daß die Consequenz und Logik nicht allein berufen sind, das Recht zu machen, daß die Begriffe (d. h. die von uns gemachten) bei ihrem Bestreben in gerader Linie bis zu Ende fortzuschreiten, nicht selten Widerständen begegnen, welche sie nöthigen, sei es zur Seite auszuweichen oder gar ihren Lauf gänzlich einzustellen. Wäre

es stets ein klar erkennbares praktisches Interesse, das in dieser Weise ihre Wege kreuzt, wir würden uns dem willig fügen, aber mitunter sind es auch Hindernisse, bei denen wir nur mit dem römischen Juristen in l. 20 de leg. (1. 3) ausrufen können: non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest, vielleicht bloß Nachwirkungen, Rückstände einer früheren im übrigen überwundenen roheren Rechtsanschauung, die ebenfalls verschwinden sollten, die aber die Theorie einmal vorfindet und ihrerseits bestehen lassen muß, da sie nicht die Macht hat, sie zu beseitigen. Dieser letztere Gesichtspunkt trifft, wie mir scheint, gerade für unsere Frage zu. Bei der Verbindung gibt das römische Recht dem Eigenthümer schlechthin eine Klage auf Schadloshaltung, bei der Specification nur in einem einzigen Fall, bei der Consumtion gar nicht — begrifflich völlig inconsequent und praktisch nicht zu rechtfertigen. Was bleibt als Grund übrig? Ich finde keinen andern als die Verweisung auf die oben bereits erwähnte sinnliche Anschauungsweise des ältern Rechts. Bei der Accession ist die Sache noch äußerlich sichtbar vorhanden, nur verbunden mit der eines Andern, von der sie sich zur Noth wieder trennen ließe, aber aus Rücksichten, deren ich an anderer Stelle gedacht habe [1]), sieht das römische Recht mit gutem Grunde davon ab, spricht aber dafür dem Eigenthümer, der darauf pocht, daß seine Sache ja noch da sei, eine Entschädigung zu. Bei der Specification ist die Sache als solche vernichtet, nur die Substanz dauert noch fort, bei der Consumtion ist auch letztere in vielen Fällen für die sinnliche Auffassung völlig vernichtet, von der Sache ist nichts mehr übrig, das der Eigenthümer als sein bezeichnen könnte.

Ich habe im Bisherigen den Untergang der Sache behandelt, und mich dabei auf die Theorie der römischen Juristen be-

---

1) In meinem „Zweck im Recht" Bd. 1 Leipzig 1877 S. 518.

schränkt. Das Resultat besteht darin, daß dieselbe die condictio sine causa in keinem der vielen Fälle, in denen sie nach der Windscheid'schen Theorie hätte zur Anwendung gelangen müssen, wirklich zur Anwendung gebracht hat. Aber eine Stelle giebt es allerdings im corpus juris, die Windscheid für seine Theorie einen gewissen Anhaltspunkt gewährt, und die ihm unbekannt geblieben zu sein scheint, da er sie nicht erwähnt. Es ist die l. 21 Cod. de sacros. eccl. (1. 2) von Justinian. Sie bestimmt, daß wenn die heiligen Tempelgeräthe verkauft und eingeschmolzen sind, der Kirche gegen den Besitzer schlechthin eine Klage zustehen soll. Der Passus lautet:

> Sin autem vel conflata sunt vel fuerint vel alio modo immutata vel dispersa, nihilominus vel ad ipsa corpora vel ad ipsa pretia eorum exactionem competere sive per in rem sive per condictionem sive per in factum actionem, cujus tenor in multis et variis juris articulis saepe est admissus.

Also gerade das, was Windscheid behauptet: eine „condictio" für den Fall des Unterganges der Sache beim dritten Besitzer, und dürfte man den Relativsatz: cujus tenor . . . saepe est admissus auch auf sie beziehen, so wäre damit der Beweis erbracht, daß die Klage „in multis et variis juris articulis" Anwendung gefunden habe. Letzteres ist freilich dadurch ausgeschlossen, daß das Relativum im Singular steht, mithin nur auf die act. in factum bezogen werden kann, während, wenn der Relativsatz sich auch auf die condictio hätte beziehen sollen, der Plural hätte gebraucht werden müssen, und gerade die Beschränkung dieser Bemerkung über das vielfache Vorkommen der Klage im alten Recht auf die actio in factum — eine Behauptung, für die der Verlauf der Darstellung uns noch mehrere Belege bringen wird — gerade sie stellt durch den Gegensatz die allgemeine Anwendbarkeit der condictio in ein sehr bedenkliches

Licht, ja schon daraus, daß Justinian es für nöthig findet, neben der condictio noch die actio in factum zu nennen und ihre juristische Zulässigkeit durch Bezugnahme auf das ältere Recht speziell zu begründen, dürfte sich ergeben, daß ihm die Frage von der Statthaftigkeit der condictio im vorliegenden Fall nicht über allem Zweifel erhaben war. Aber selbst das Gegentheil angenommen, so sind doch die Umstände, unter denen hier die letztere Klage auftritt, in einer Weise gestaltet, daß sie für die Windscheid'sche Theorie der condictio sine causa schwerlich einen hohen Werth beanspruchen dürfte. Sie tritt auf in Verbindung mit der reivindicatio und der actio in factum, und zwar werden alle drei Klagen dem Wortlaut nach der Partei zur völlig freien Wahl vorgestellt. Als Voraussetzung, unter der diese Klagen Platz greifen sollen, werden drei Fälle genannt: 1. si conflata sunt, 2. vel alio modo immutata, 3. vel dispersa. Bei dem zweiten Ausdruck dürfte Justinian an den Fall der Anfertigung einer neuen Sache aus der eingeschmolzenen ursprünglichen gedacht haben, und in diesem wie in dem ersten Fall geht nach seiner bekannten Bestimmung in §. 25 J. de R. D. (2. 1) das bisherige Eigenthum nicht unter, so daß hier also die Kirche die reivindicatio „ad ipsa corpora" hätte erheben können. Nur im dritten Fall, dem der gänzlichen sinnlichen Vernichtung der Sache war diese Klage, insofern der Besitzer nicht „dolo desiit possidere", ausgeschlossen, und hier war mithin nur die condictio oder actio in factum am Ort. Aber worauf ist dieselbe hier gerichtet? Keineswegs bloß auf die Bereicherung des Beklagten, sondern „ad pretia eorum", und da Justinian der Kirche schlechthin die Wahl gibt, ihren Anspruch „vel ad ipsa corpora vel ad ipsa pretia eorum" zu richten, so ist ist dies auch für die beiden ersten Fälle anzunehmen d. h. die Kirche kann, wenn sonst Justinian sich correct ausgedrückt hat, die Sache, wie sie jetzt ist, oder deren

Werth in Anspruch nehmen, ohne daß der Besitzer seine Arbeit in Gegenrechnung stellen dürfte, und wenn sie vernichtet worden ist, den Werth, den die Sache in dem Moment hatte, also einen Betrag, der unter Umständen den der Bereicherung des Beklagten weit übersteigt.

Unser Resultat ist: es handelt sich dabei um ein positives, ganz exceptionelles Privilegium der Kirche, welches zwar unter den obigen Gesichtspunkt des obligatorischen Eigenthumsschutzes, nicht aber unter den eines Anspruches auf Herausgabe der bloßen Bereicherung fällt.

IV.

Anspruch des Eigenthümers gegen denjenigen, der seine Sache usucapirt hat.

Meines Wissens ist noch von Niemandem die Behauptung aufgestellt worden, daß der frühere Eigenthümer den jetzigen, der durch Usucapion der Sache an seine Stelle getreten ist, auf Bereicherung in Anspruch nehmen könne, man scheint sich dieser Consequenz der Bereicherungstheorie gar nicht bewußt geworden zu sein oder hat wenigstens Anstand genommen, die Consequenz bis zu diesem Punkt auszudehnen.

Daß man es hätte thun müssen, scheint mir ganz unbestreitbar.

Das Hauptargument, das man dagegen vorbringen könnte, besteht darin, daß das Recht sich selber widersprechen würde, wenn es dem Usucapienten das, was es ihm mit der einen Hand gibt, mit der andern wieder entziehen würde. Darauf antworte ich: wenn dies wahr ist, so gilt es eben so gut für den Fall der Accession, Specification, Consumtion als für den der Usucapion — die reivindicatio geht unter, die condictio sine causa entsteht. Es ist aber nicht wahr. Denn es ist kein Widerspruch, wenn das Recht dem B das Eigenthum des A zu-

spricht und letzterem einen Anspruch auf Bereicherung vorbehält, jene Wirkung erstreckt sich auch auf Dritte und hat den Zweck, sie gegen die Gefahr, daß ihnen die Sache von dem früheren Eigenthümer abgestritten werde, zu sichern, diese dagegen beschränkt sich als persönliche Klage auf den ersten Erwerber des Eigenthums und legt ihm die Verpflichtung auf, den Eigenthümer für den Erwerb, den er auf dessen Kosten gemacht hat, schadlos zu halten. Darin liegt eben so wenig ein Widerspruch, als wenn das Recht bei der indebiti solutio das Eigenthum der gegebenen Geldstücke oder sonstiger Sachen auf den Empfänger übergehen läßt und gleichwohl dem Zahlenden die condictio indebiti gewährt. Man darf den Gegensatz, um den es sich dabei handelt, nicht so bezeichnen, wie Windscheid in seinem Lehrbuch (I §. 188 Anm. 6) es thut, daß der Vorgang zwar formell, aber nicht materiell gerechtfertigt sei. Nicht Form und Inhalt stehen sich hier gegenüber, sondern Eigenthumsrecht und Obligationenrecht d. h. absolute und relative rechtliche Betrachtung und Würdigung eines und desselben Vorganges. Von dem ersteren Standpunkt aus ist die absolute Wirkung, welche das Recht an den betreffenden Akt für dritte Personen knüpft, materiell d. h. durch Rücksichten des Verkehrs in den Augen des Rechts eben so gerechtfertigt, wie von dem des Obligationenrechts aus die relative zwischen den beiden Parteien, soweit das Recht nun einmal für gut gehalten hat, sie eintreten zu lassen. Der obligatorische Anspruch, den das Recht in derartigen Fällen dem frühern gegen den jetzigen Eigenthümer gewährt, ist der Preis, um den es im Interesse des Verkehrs sich über dessen Eigenthum hinwegsetzt — der Anspruch bleibt passiv bei dem ersten Erwerber zurück, die Sache selber geht frei aus seiner Hand in andere Hände über.

Dieselbe Gestalt hätte das römische Recht der Sache auch bei der Usucapion geben können, wenn es sonst der Ansicht ge-

wesen wäre, daß die Bereicherung aus fremder Sache schlechthin zum Ersatz verpflichte: der gutgläubige Besitzer usucapirt, und dadurch sind alle seine Hintermänner gegen den bisherigen Eigenthümer gedeckt, aber er selber muß letzteren entschädigen. Diesen Weg hat das römische Recht in der That eingeschlagen bei dem Verkauf fremder Sachen durch den Fiscus und den Regenten, der Eigenthümer hat gegen den Käufer keine Klage, aber er bekommt Entschädigung vom Verkäufer; die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs wird hier ausdrücklich hervorgehoben [1]). Bei der Usucapion liegt die Sache nicht anders als bei der Accession, Specification, Consumtion, der bisherige Eigenthümer verliert, der neue gewinnt; soll einmal der Gewinn auf Kosten des Eigenthümers dem letzteren schlechthin einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung gewähren, so muß dies dort eben so gut gelten wie hier.

Daß die Usucapion eine Bereicherung enthält, kann nicht Gegenstand des Zweifels sein. Die Quellen behandeln einen Fall, wo die usucapirte Sache in der That durch eine condictio zurückgefordert werden kann, es ist der der l. 13 pr. und l. 33 de m. c. don. (39. 6), wenn eine fremde Sache mortis causa geschenkt und von dem Beschenkten usucapirt worden ist. Aber die condictio wird hier nicht dem frühern Eigenthümer, sondern dem Schenker gegeben, und dies wird in der l. 33 damit motivirt:

> Qui alienam rem mortis causa traditam usucapit, non ab eo videretur cepisse, cujus res fuisset, sed ab eo, qui occasionem usucapionis praestitisset.

Wären die Juristen der Ansicht gewesen, daß die Bereiche-

---

1) l. 3 Cod. de quadr. praes. (7. 37) omnes alienationes . . . sine omni inquietudine permanere . . . et nemo audeat eos, qui res accipiunt . . ., judiciis afficere; . . . sed adversus domos nostras habeant . . . actiones.

rung durch Usucapion aus dem Vermögen des Eigenthümers erfolge, so hätten sie in diesem Fall ihm die condictio zusprechen müssen. Die Entscheidung, die sie hier treffen, erinnert an den obigen Fall der Consumtion fremden zum Darlehn gegebenen Geldes — nicht der Eigenthümer, sondern der Geber hat die condictio (sine causa, ex mutuo), und zwar wird als Grund angegeben: quod facto ejus intelligitur ad eum, qui acceperit, pervenisse, l. 19 §. 1 de R. Cr. (12. 1). Soweit es sich um sonstige Wirkungen des erfolgten Eigenthumsüberganges in der Person des Gebers handelt z. B. um Befreiung des Bürgen durch Leistung der Sache, Befreiung des Verkäufers von der Evictionsverbindlichkeit, werden sie ebenso beurtheilt, als ob vom Anfang an die eigene Sache gegeben worden wäre.

l. 47 §. 1 Mand. (17. 1) . . sed si stipulator eum hominem usuceperit, dicendum esse Julianus ait liberationem (ei, qui hominem dari fidejussit) contingere.

l. 54 pr. de evict. (21. 2) Qui alienam rem vendidit, post longi temporis praescriptionem vel usucapionem desinit emtori teneri de evictione.

Uebrigens kennen unsere Quellen einen Fall der Usucapion, in dem es an den Voraussetzungen für die cond. sine causa nicht gefehlt hätte. Der Abwesende hat die Sache des Anwesenden usucapirt und verkauft, nach seiner Zurückkunft kann letzterer dagegen bekanntlich Restitution begehren. In der l. 30 §. 1 Ex q. c. maj. (4. 6) heißt es von diesem Fall:

restitutio facienda erit, et licet sine dolo afuerit et usuceperit, lucro ejus occurri oportet.

Es wird hier gesagt: 1. daß der Usucapient durch die Usucapion bereichert worden ist, 2. daß er die Bereicherung dem früheren Eigenthümer herauszugeben hat, 3. daß dies im Wege der Restitution geschehen soll. Wenn man nun be-

denkt, daß die Restitution ein subsidiäres Rechtsmittel ist, so ergibt sich daraus, daß nach Ansicht des Juristen die cond. sine causa nicht Platz griff, obschon doch die Voraussetzungen derselben vorhanden waren. Wäre sie nach der Theorie der römischen Juristen im Fall ungerechtfertigter Bereicherung schlechthin zuständig gewesen, so hätte der Jurist hier statt des normalen Rechtsmittels nicht das außerordentliche der restitutio in integrum geben dürfen; mit einer solchen Entscheidung eines römischen Juristen, der doch die Grundsätze von der rest. i. i. mindestens ebenso gut kannte wie wir, ist die Windscheid'sche Lehre von der condictio sine causa schlechterdings unverträglich.

Fasse ich nun das Gesammtresultat meiner bisherigen Ausführungen über den Fall der unmittelbaren Bereicherung aus fremder Sache (Nr. III und IV) zusammen, so ergibt sich, daß das römische Recht

1. in dem Fall der gutgläubigen Consumtion fremden Geldes und fremder Früchte dem Eigenthümer den Anspruch ausdrücklich versagt, in dem der Consumtion einer andern Sache sie ihm nirgends gibt,
2. im Fall der Vermischung fremden Geldes mit eigenem den Eigenthümer ebenfalls ohne Hülfe läßt, und nicht minder
3. im Fall der Specification, mit alleiniger Ausnahme der Schenkung unter Ehegatten, und ebenso
4. im Fall der Usucapion, so daß demnach lediglich
5. der Fall der Accession übrig bleibt, für den dasselbe zwar im Prinzip die Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung anerkennt, aber, so weit es den Anspruch nicht bloß in die Form der exc. doli verweist, nicht in Gestalt der condictio sine causa, sondern der act. in factum oder reivindicatio utilis.

So ist uns also die condictio sine causa auf unserem

ganzen langen Wege noch gar nicht zu Gesicht gekommen. Werden wir im Folgenden glücklicher sein? Es wäre eine seltsame Verschiebung des natürlichen Verhältnisses! An der Stelle, wo wir den Gedanken, wenn er Gnade vor den Augen der Römer gefunden hätte, hätten antreffen müssen, bleibt er unsichtbar, um dann an einer Stelle aufzutauchen, wo sich seinem Auftreten die größten Hindernisse entgegenstellen!

V.

Die Bereicherungsklage gegen den früheren gutgläubigen Besitzer.

1. Theoretische Bedenklichkeit derselben.

Der angebliche Rechtssatz, den wir nach seiner Legitimation zu befragen haben, lautet: der frühere gutgläubige Besitzer der fremden Sache hat dem Eigenthümer, der durch Untergang oder Usucapion derselben außer Stand gesetzt ist, sie zu vindiciren, den für sie gelösten Kaufpreis als ungerechtfertigte Bereicherung nach den Grundsätzen über die condictio sine causa herauszugeben.

Auch wenn derselbe sich als rein positiver gäbe, würden wir nicht umhin können, neben seiner äußeren Beglaubigung durch die Quellen zugleich seinen inneren juristischen Charakter und seinen legislativen Werth in's Auge zu fassen; um so weniger aber werden wir ihm diese Prüfung ersparen können, als er mit dem Anspruch auftritt, eine Consequenz allgemeiner Grundsätze zu enthalten. Indem wir die Frage nach seiner äußeren Beglaubigung bis zuletzt (VII) aufschieben, wenden wir uns zunächst seinem innern *juristischen* Charakter zu, um dann (VI) seine *praktische* oder *legislative* Brauchbarkeit in's Auge zu fassen.

Also die *erste* Frage: enthält der Satz, so wie er lautet, in Wirklichkeit eine Consequenz der römischen Grundsätze über die ungerechtfertigte Bereicherung aus fremder Sache?

Ich nehme nicht Anstand, die Frage in der entschiedensten Weise zu verneinen, und ich glaube mich dafür auf das Zeugniß eines römischen Juristen beziehen zu können, welches meines Erachtens einen Zweifel gar nicht übrig läßt: es ist dies die von mir in meinen Abhandlungen (S. 31 fl.) ausführlich erörterte l. 21 de her. vend. (18. 4) von Paulus, in meinen Augen eine der meisterhaftesten juristischen Deductionen der ganzen Pandekten. Wunderbarerweise war von dieser Stelle, welche den Schlüssel zu der ganzen Lehre vom commodum enthält, für letztere bis auf meine Abhandlung gar kein Gebrauch gemacht worden, sie wird in den Compendien der damaligen Zeit [1]) bei der Frage gar nicht einmal erwähnt, und ich glaube mir das Verdienst aneignen zu können, sie für jene Lehre zuerst herangezogen und wissenschaftlich verwerthet zu haben; die seitdem erschienenen oder neu aufgelegten Lehrbücher [2]) haben ihr die gebürende Beachtung zu Theil werden lassen.

Die eingehende Erörterung, welche ich dieser Stelle an jenem Ort habe angedeihen lassen, überhebt mich der Mühe, sie hier noch zum zweiten Mal ausführlich zu behandeln, und ich beschränke mich darauf, das dort gewonnene Resultat, soweit es für die vorliegende Frage in Betracht kommt, herauszunehmen. Der Fall der Stelle ist folgender. Der Verkäufer, der die Sache noch nicht tradirt hat, verkauft und tradirt sie einem Zweiten gegen Zahlung des Kaufpreises, und bevor er dem Ersten gegenüber in Mora versetzt ist, geht die Sache beim zweiten

---

1) Z. B. Thibaut, System des Pandektenrechts Aufl. 8 B. 2 §. 480. Schweppe, das röm. Privatrecht Aufl. 4 B. 3 §. 430, von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Aufl. 4 B. 2 §. 201, Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts B. 2 §. 225, Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht II §. 496.

2) Puchta, §. 272, Seuffert Aufl. 4 §. 273, Arndts §. 253, Windscheid II §. 327 Anm. 7.

Käufer unter. Paulus wirft die Frage auf, ob der erste Käufer, der, da der Verkäufer nicht in Mora versetzt worden war, die Gefahr zu tragen hatte, nicht wenigstens den dem Verkäufer vom zweiten Käufer gezahlten Kaufpreis verlangen könne, und er verneint diese Frage mit folgenden Worten:

> pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur, et sic fit quasi alii non vendidissem; tibi enim rem debebam, non actionem.

Von demselben Gesichtspunkt, den er hier ausspricht: tibi rem debebam, non actionem macht er dann noch Anwendung auf andere Fälle, und jedes Mal betont er dabei den Gegensatz zwischen res auf der einen und actiones oder pretium auf der andern Seite. Was der Verkäufer aus einem Grunde erhält, für den ihn selber die Verantwortlichkeit trifft, gebürt ihm, geht den Käufer nichts an: „nihil hoc ad emtorem pertinebit“, für das Verhältniß beider Personen zueinander ist es ebenso, als ob jene Thatsache gar nicht eingetreten wäre: „sic fit, quasi alii non vendidissem.“ Daran ändert auch der spätere Untergang der Sache nicht das Mindeste: „mortuo eo videamus ne nihil tibi debeam ex emto, quoniam moram in tradendo non feci“, ein Gewinn, der von Anfang an kein Gewinn aus der Sache war („non ex re . . . sed propter negotiationem perceptum“), wird es dadurch nicht, daß dieselbe später untergeht, der spätere Untergang kann den ursprünglichen juristischen Charakter der der Vergangenheit angehörigen Thatsache nicht alteriren.

Wir haben hier nicht eine durch Billigkeits- oder Zweckmäßigkeitsrücksichten beeinflußte Entscheidung eines einzelnen Falles vor uns, sondern eine mit aller Schärfe und Bestimmtheit vorgetragene und consequent durchgeführte Theorie, ein Rechtsprinzip der römischen Jurisprudenz, und ich habe in meinen Abhandlungen den Nachweis geliefert, daß dasselbe auch von

den übrigen römischen Juristen anerkannt und befolgt worden ist. Zum richtigen Verständniß des obigen Ausspruchs von Paulus: pretium hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur glaube ich folgende Bemerkung hinzufügen zu müssen.

Meines Erachtens würde man den wirklichen Sinn desselben nicht treffen, wenn man ihn etwa in folgender Weise wiedergeben wollte: der Kaufpreis setzt Abschluß eines Kaufcontracts voraus, er wird vermittelt durch ein Rechtsgeschäft, auf das aber hat der erste Käufer keinen Anspruch. Ich glaube vielmehr, daß der Jurist von folgender Erwägung ausgegangen ist: der Kaufpreis ist nicht eine bloß andere Form der Sache, sondern zu dem x, welches die Sache zum Verkauf stellt, hat um den Kaufpreis zu erzielen, noch ein y hinzu kommen müssen, das der Käufer stellt, und dies y ist nicht der mühelose Abschluß des Kaufcontracts, sondern das, was vorausgesetzt wird, um den Käufer zu finden. Der Geschäftsmann erzielt bei dem Verkauf regelmäßig einen höhern Preis als ein Privatmann, und er muß ihn erzielen, wenn er bestehen und seine Geschäftsunkosten decken will. Die Differenz — wir wollen sie als d bezeichnen — ist für ihn kein unberechtigtes Plus über den Preis, den der Privatmann dafür zu lösen im Stande ist (p), sondern in diesem d steckt die Entschädigung für das y, das in seiner Person im Unterschiede von der des letzteren hinzukommt. Dies y besteht nicht bloß in den persönlichen Eigenschaften, die er als Geschäftsmann vor letzterem voraus hat: seiner Waarenkunde, Geschäftskenntniß, Geschicklichkeit, sondern auch in den Geschäftsunkosten, die er aufwenden muß, um den richtigen Käufer d. h. denjenigen, der das Meiste gibt, zu finden: in dem Geschäftslokal, dem Laden, dem Schaufenster, das er zu bezahlen hat, um die Sache auszustellen, in den Insertionsgebüren, Druck von Katalogen, Preiskouranten u. s. w., in der zinslosen Auf-

bewahrung der Waare, bis der rechte Käufer sich gefunden hat. Von dem Preise, den er für die Sache gelöst hat, fällt nur p auf x, dagegen d auf y, und wer x von ihm hätte begehren können (im obigen Fall der erste Käufer, in unserm der frühere Eigenthümer), würde etwas verlangen, was ihm nicht zusteht, wenn er p + d in Anspruch nehmen wollte. Der Behauptung: x gehörte mir, setzt unser Verkäufer entgegen: aber y mir; der Behauptung: denselben Preis, den der Käufer Dir gezahlt hat, würde er auch mir gezahlt haben setzt er entgegen: wenn Du ihn gefunden hättest; darin eben besteht mein Geschäft ihn zu finden, der einzelne Band des größeren Werks, der in Deinem Besitz bloß Makulaturwerth gehabt hätte, da Du denjenigen, dem er fehlt, nie aufgefunden hättest, ist durch meine Geschäftsverbindungen und meine Antiquariatskataloge in die rechten Hände gekommen, für den alten Kupferstich, den Du in der kleinen Stadt, in der Du lebst, nur wenige Mark gelöst hättest, weil dort Niemand existirt, der den Werth desselben zu beurtheilen versteht, habe ich das Zehnfache eingenommen, weil ich in der großen Stadt durch Ausstellung in meinem Laden, durch meine Personalkenntniß der Kupferstichsammler, durch meine Ankündigungen, kurz durch mein Geschäft die Möglichkeit besessen habe, den richtigen Käufer zu finden, „pretium non ex re, sed propter negotiationem percipitur“ d. h. durch das Geschäft. Deine Forderung auf das, was ich aus x gewonnen d. h. gemacht habe, ist ebenso unbegründet, als wenn Du vom Schuster die Stiefel verlangen wolltest, die er aus Deinem Leder gemacht hat, zu Deinem x ist in beiden Fällen y hinzugekommen, in diesem y steckt bei uns beiden das Geschäft.

Die bisherige Deduction hatte zwar nur den Geschäftsmann im Auge, dasselbe Verhältniß wie bei ihm kann aber auch bei dem gewöhnlichen Privatmann zutreffen, auch ihm kann es durch besondere Eigenschaften: durch Sachkenntniß, Personen-

kenntniß, Betriebsamkeit oder durch die Gunst besonderer Umstände gelungen sein, die Sache zu einem ungleich höheren Preise zu verkaufen, als sein Gegner es jemals vermocht hätte, auch für ihn kann die „negotiatio" nicht den Sinn eines bloßen Abschlusses eines Kaufvertrages, sondern den des erst durch besondere Anstrengung und Voraussetzungen ermöglichten Suchens des richtigen Käufers haben, unter allen Umständen aber wäre es verkehrt gewesen, wenn die römische Jurisprudenz den erhaltenen Kaufpreis schlechthin als ein lucrum ex re hätte qualificiren wollen. Ob ihr, wenn sie sich dessen mit Recht enthielt, nicht noch eine andere Möglichkeit übrig geblieben wäre, als die, ihn schlechthin als lucrum propter negotiationem perceptum (oder, wie ich kürzer sage: ex persona d. h. durch besondere Voraussetzungen in der Person des Verkäufers vermittelten Gewinn) zu charakterisiren, dieser Frage können wir uns füglich überheben, da sie es einmal nicht gethan hat und, wie ich meine, auch ihre guten Gründe gehabt hat, es nicht zu thun.

Machen wir nun unsererseits von dem Grundsatz, den Paulus für das Verhältniß des Verkäufers zum ersten Käufer aufstellt, die Anwendung auf die Frage, welche uns hier beschäftigt, so kann es meinerseits nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß der Eigenthümer gegen den früheren gutgläubigen Besitzer seiner Sache keinen Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises erheben kann, weder vor, noch nach Untergang derselben bei dem spätern Besitzer. Was von dem Fall des Paulus gilt, muß umsomehr von unserm gelten, denn dort bestand zwischen den beiden Parteien ein obligatorisches Verhältniß, welches durch den zweiten Verkauf verletzt ward, hier stehen sich beide, so lange nicht die reivindicatio erhoben ist, völlig fremd gegenüber, und der gutgläubige Besitzer, welcher die Sache verkauft, verletzt dadurch weder eine Pflicht gegen den Eigenthümer,

noch schädigt er dessen rechtliche Stellung, denn die reiv., die derselbe bisher gegen ihn hatte, geht jetzt gegen den neuen Besitzer.

Fragen wir uns: enthält der Kaufpreis, den er löst, eine Bereicherung aus der Sache des Eigenthümers? so lautet die Antwort: Nein! denn „pretium hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur." Würde der Kaufpreis, den er erhält, eine Bereicherung aus der Sache enthalten, so würde auch der Kaufpreis, den er gegeben hat, eine Verwendung auf die Sache in sich schließen und als solche vom Beklagten bei der Vindication in Anrechnung gebracht werden können.

Fragen wir weiter: enthält der Kaufpreis, wenn eine Bereicherung, so eine ungerechtfertigte, so lautet die Antwort ebenfalls wiederum: Nein! Denn der gutgläubige Besitzer begeht damit, daß er die Sache verkauft, ebensowenig ein Unrecht, als damit, daß er sie kauft; so wenig der Eigenthümer ihm aus dem einen einen Vorwurf machen kann, ebensowenig aus dem andern.

Aber angenommen, der Kaufpreis enthielte: 1. eine Bereicherung aus der Sache des Eigenthümers, und 2. eine ungerechtfertigte, so fehlt es gleichwohl noch an dem dritten Erforderniß der condictio sine causa: der Bereicherung auf Kosten des Eigenthümers. Denn der Eigenthümer büßt durch den Verkauf der Sache nicht das Mindeste ein — er behält, was er bisher hatte: seine reivindicatio, nur daß dieselbe statt wie bisher gegen den Verkäufer, so jetzt gegen den Käufer geht. Rechtlich hat sich in seiner Lage nicht das Mindeste verändert, denn für jene Klage ist bekanntlich die Person des Besitzers gleichgültig, und der Eigenthümer hat keinen Anspruch darauf, daß der gutgläubige Besitzer den Besitz beibehalte, sonst hätte man die Klage nicht bloß gegen denjenigen,

qui dolo desiit possidere, sondern schlechthin gegen denjenigen geben müssen: qui desiit possidere.

Enthält nun der Verkauf von Anfang an keine Bereicherung auf Kosten des Eigenthümers, wie kann der später erfolgte Untergang der Sache oder die Usucapion derselben von Seiten des dritten Besitzers hinterher das ganze Verhältniß auf den Kopf stellen? Entweder die Bereicherung lag damals vor — dann bedarf es nicht erst des Verlustes des Eigenthums, sondern es muß dem Eigenthümer sofort die condictio gegeben werden; oder aber sie lag nicht vor — wie kann jene Thatsache daran etwas ändern? Nicht der frühere Verkauf, sondern der jetzige Untergang der Sache ist es, durch den der Eigenthümer leidet.

Ich komme zu dem Resultat, daß für die condictio sine causa gegen den früheren gutgläubigen Besitzer nicht weniger als alle Voraussetzungen derselben fehlen. Der Kaufpreis, den derselbe gewonnen hat, enthält

1. keine Bereicherung aus der Sache des Eigenthümers,
2. keine ungerechtfertigte,
3. keine auf dessen Kosten.

Windscheid selber hat den Grundsatz von Paulus anerkannt, daß im obligatorischen Verhältniß der Forderungsberechtigte gegen den Verpflichteten keinen Anspruch auf das „lucrum ex negotiatione perceptum“ habe (a. a. O. §. 327 Anm. 7); es hätte ihm obgelegen, das Hinderniß, das dieser Grundsatz seiner Theorie entgegensetzt, und das mir bei meiner citirten Abhandlung eben den Grund abgab, die Entscheidungen der l. 23 de R. Cr. (12. 1) und l. ult. de neg. gest. (3. 5) als singuläre zu bezeichnen und auf einen ganz speziellen Fall zu beschränken, aus dem Wege zu räumen. Er hat dasselbe gar nicht einmal berührt.

VI.
Die Bereicherungsklage gegen den früheren gutgläubigen Besitzer.

2. Praktische Bedenken.

Wir denken uns das obige in der Theorie des Paulus gelegene juristische Hinderniß hinweg und lassen uns die Klage gefallen; untersuchen wir, wohin sie in der Anwendung führt.

Die dem A von B gestohlene und von diesem an den gutgläubigen C verkaufte Sache ist im Laufe der Zeit durch das ganze Alphabet bis zu Z hindurch- und bei ihm untergegangen. Hier ist Z gegen jede Klage des A gesichert, dagegen sind die Voraussetzungen der cond. sine causa nach der Windscheid'schen Theorie in der Person aller seiner Vorgänger begründet.

Kann A jeden derselben in Anspruch nehmen? Die Quellen versagen jede Antwort, und auch Windscheid äußert sich nicht. Muthmaßlich wird er mir antworten, daß diese Frage nach den Grundsätzen über die Solidarobligationen zu entscheiden sei, so daß also A, wenn er von dem Einen vollen Ersatz erhalten habe, gegen die Uebrigen keinen weiteren Anspruch erheben könne. Aber was heißt hier voller Ersatz? Bedeutet es den Werth der Sache, so braucht der Beklagte, der durch den Verkauf mehr als denselben gelöst hat, nicht die volle Bereicherung herauszugeben, worauf doch die cond. sine causa einmal gerichtet ist, sondern nur bis zum Werth der Sache. Welcher Zeitpunkt soll aber für die Bestimmung des letzteren zu Grunde gelegt werden: der Werth im Moment des Unterganges — im Moment des jedesmaligen Verkaufs — im Moment des ursprünglichen Abhandenkommens? Denken wir uns eine Sache von wechselndem Werth z. B. ein Sklavenkind, das zur Zeit als es entwandt wurde, einen Werth von 1 x hatte, dann, als es heranwuchs, ein ungewöhnliches künstlerisches Ta-

Ich nehme nicht Anstand, die Frage in der entschiedensten Weise zu verneinen, und ich glaube mich dafür auf das Zeugniß eines römischen Juristen beziehen zu können, welches meines Erachtens einen Zweifel gar nicht übrig läßt: es ist dies die von mir in meinen Abhandlungen (S. 31 fl.) ausführlich erörterte l. 21 de her. vend. (18. 4) von Paulus, in meinen Augen eine der meisterhaftesten juristischen Deductionen der ganzen Pandekten. Wunderbarerweise war von dieser Stelle, welche den Schlüssel zu der ganzen Lehre vom commodum enthält, für letztere bis auf meine Abhandlung gar kein Gebrauch gemacht worden, sie wird in den Compendien der damaligen Zeit [1]) bei der Frage gar nicht einmal erwähnt, und ich glaube mir das Verdienst aneignen zu können, sie für jene Lehre zuerst herangezogen und wissenschaftlich verwerthet zu haben; die seitdem erschienenen oder neu aufgelegten Lehrbücher [2]) haben ihr die gebürende Beachtung zu Theil werden lassen.

Die eingehende Erörterung, welche ich dieser Stelle an jenem Ort habe angedeihen lassen, überhebt mich der Mühe, sie hier noch zum zweiten Mal ausführlich zu behandeln, und ich beschränke mich darauf, das dort gewonnene Resultat, soweit es für die vorliegende Frage in Betracht kommt, herauszunehmen. Der Fall der Stelle ist folgender. Der Verkäufer, der die Sache noch nicht tradirt hat, verkauft und tradirt sie einem Zweiten gegen Zahlung des Kaufpreises, und bevor er dem Ersten gegenüber in Mora versetzt ist, geht die Sache beim zweiten

---

1) Z. B. Thibaut, System des Pandektenrechts Aufl. 8 B. 2 §. 480. Schweppe, das röm. Privatrecht Aufl. 4 B. 3 §. 430, von Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Aufl. 4 B. 2 §. 201, Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts B. 2 §. 225, Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht II §. 496.

2) Puchta, §. 272, Seuffert Aufl. 4 §. 273, Arndts §. 253, Windscheid II §. 327 Anm. 7.

Käufer unter. Paulus wirft die Frage auf, ob der erste Käufer, der, da der Verkäufer nicht in Mora versetzt worden war, die Gefahr zu tragen hatte, nicht wenigstens den dem Verkäufer vom zweiten Käufer gezahlten Kaufpreis verlangen könne, und er verneint diese Frage mit folgenden Worten:

> pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur, et sic fit quasi alii non vendidissem; tibi enim rem debebam, non actionem.

Von demselben Gesichtspunkt, den er hier ausspricht: tibi rem debebam, non actionem macht er dann noch Anwendung auf andere Fälle, und jedes Mal betont er dabei den Gegensatz zwischen res auf der einen und actiones oder pretium auf der andern Seite. Was der Verkäufer aus einem Grunde erhält, für den ihn selber die Verantwortlichkeit trifft, gebürt ihm, geht den Käufer nichts an: „nihil hoc ad emtorem pertinebit“, für das Verhältniß beider Personen zueinander ist es ebenso, als ob jene Thatsache gar nicht eingetreten wäre: „sic fit, quasi alii non vendidissem.“ Daran ändert auch der spätere Untergang der Sache nicht das Mindeste: „mortuo eo videamus ne nihil tibi debeam ex emto, quoniam moram in tradendo non feci“, ein Gewinn, der von Anfang an kein Gewinn aus der Sache war („non ex re . . . sed propter negotiationem perceptum“), wird es dadurch nicht, daß dieselbe später untergeht, der spätere Untergang kann den ursprünglichen juristischen Charakter der der Vergangenheit angehörigen Thatsache nicht alteriren.

Wir haben hier nicht eine durch Billigkeits- oder Zweckmäßigkeitsrücksichten beeinflußte Entscheidung eines einzelnen Falles vor uns, sondern eine mit aller Schärfe und Bestimmtheit vorgetragene und consequent durchgeführte Theorie, ein Rechtsprinzip der römischen Jurisprudenz, und ich habe in meinen Abhandlungen den Nachweis geliefert, daß dasselbe auch von

den übrigen römischen Juristen anerkannt und befolgt worden ist. Zum richtigen Verständniß des obigen Ausspruchs von Paulus: pretium hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur glaube ich folgende Bemerkung hinzufügen zu müssen.

Meines Erachtens würde man den wirklichen Sinn desselben nicht treffen, wenn man ihn etwa in folgender Weise wiedergeben wollte: der Kaufpreis setzt Abschluß eines Kaufcontracts voraus, er wird vermittelt durch ein Rechtsgeschäft, auf das aber hat der erste Käufer keinen Anspruch. Ich glaube vielmehr, daß der Jurist von folgender Erwägung ausgegangen ist: der Kaufpreis ist nicht eine bloß andere Form der Sache, sondern zu dem x, welches die Sache zum Verkauf stellt, hat um den Kaufpreis zu erzielen, noch ein y hinzu kommen müssen, das der Käufer stellt, und dies y ist nicht der mühelose Abschluß des Kaufcontracts, sondern das, was vorausgesetzt wird, um den Käufer zu finden. Der Geschäftsmann erzielt bei dem Verkauf regelmäßig einen höhern Preis als ein Privatmann, und er muß ihn erzielen, wenn er bestehen und seine Geschäftsunkosten decken will. Die Differenz — wir wollen sie als d bezeichnen — ist für ihn kein unberechtigtes Plus über den Preis, den der Privatmann dafür zu lösen im Stande ist (p), sondern in diesem d steckt die Entschädigung für das y, das in seiner Person im Unterschiede von der des letzteren hinzukommt. Dies y besteht nicht bloß in den persönlichen Eigenschaften, die er als Geschäftsmann vor letzterem voraus hat: seiner Waarenkunde, Geschäftskenntniß, Geschicklichkeit, sondern auch in den Geschäftsunkosten, die er aufwenden muß, um den richtigen Käufer d. h. denjenigen, der das Meiste gibt, zu finden: in dem Geschäftslokal, dem Laden, dem Schaufenster, das er zu bezahlen hat, um die Sache auszustellen, in den Insertionsgebüren, Druck von Katalogen, Preiskouranten u. s. w., in der zinslosen Auf-

bewahrung der Waare, bis der rechte Käufer sich gefunden hat. Von dem Preise, den er für die Sache gelöst hat, fällt nur p auf x, dagegen d auf y, und wer x von ihm hätte begehren können (im obigen Fall der erste Käufer, in unserm der frühere Eigenthümer), würde etwas verlangen, was ihm nicht zusteht, wenn er p + d in Anspruch nehmen wollte. Der Behauptung: x gehörte mir, setzt unser Verkäufer entgegen: aber y mir; der Behauptung: denselben Preis, den der Käufer Dir gezahlt hat, würde er auch mir gezahlt haben setzt er entgegen: wenn Du ihn gefunden hättest; darin eben besteht mein Geschäft ihn zu finden, der einzelne Band des größeren Werks, der in Deinem Besitz bloß Makulaturwerth gehabt hätte, da Du denjenigen, dem er fehlt, nie aufgefunden hättest, ist durch meine Geschäftsverbindungen und meine Antiquariatskataloge in die rechten Hände gekommen, für den alten Kupferstich, den Du in der kleinen Stadt, in der Du lebst, nur wenige Mark gelöst hättest, weil dort Niemand existirt, der den Werth desselben zu beurtheilen versteht, habe ich das Zehnfache eingenommen, weil ich in der großen Stadt durch Ausstellung in meinem Laden, durch meine Personalkenntniß der Kupferstichsammler, durch meine Ankündigungen, kurz durch mein Geschäft die Möglichkeit besessen habe, den richtigen Käufer zu finden, „pretium non ex re, sed propter negotiationem percipitur“ d. h. durch das Geschäft. Deine Forderung auf das, was ich aus x gewonnen d. h. gemacht habe, ist ebenso unbegründet, als wenn Du vom Schuster die Stiefel verlangen wolltest, die er aus Deinem Leder gemacht hat, zu Deinem x ist in beiden Fällen y hinzugekommen, in diesem y steckt bei uns beiden das Geschäft.

Die bisherige Deduction hatte zwar nur den Geschäftsmann im Auge, dasselbe Verhältniß wie bei ihm kann aber auch bei dem gewöhnlichen Privatmann zutreffen, auch ihm kann es durch besondere Eigenschaften: durch Sachkenntniß, Personen-

kenntniß, Betriebsamkeit oder durch die Gunst besonderer Umstände gelungen sein, die Sache zu einem ungleich höheren Preise zu verkaufen, als sein Gegner es jemals vermocht hätte, auch für ihn kann die „negotiatio“ nicht den Sinn eines bloßen Abschlusses eines Kaufvertrages, sondern den des erst durch besondere Anstrengung und Voraussetzungen ermöglichten Suchens des richtigen Käufers haben, unter allen Umständen aber wäre es verkehrt gewesen, wenn die römische Jurisprudenz den erhaltenen Kaufpreis schlechthin als ein lucrum ex re hätte qualificiren wollen. Ob ihr, wenn sie sich dessen mit Recht enthielt, nicht noch eine andere Möglichkeit übrig geblieben wäre, als die, ihn schlechthin als lucrum propter negotiationem perceptum (oder, wie ich kürzer sage: ex persona d. h. durch besondere Voraussetzungen in der Person des Verkäufers vermittelten Gewinn) zu charakterisiren, dieser Frage können wir uns füglich überheben, da sie es einmal nicht gethan hat und, wie ich meine, auch ihre guten Gründe gehabt hat, es nicht zu thun.

Machen wir nun unsererseits von dem Grundsatz, den Paulus für das Verhältniß des Verkäufers zum ersten Käufer aufstellt, die Anwendung auf die Frage, welche uns hier beschäftigt, so kann es meinerseits nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß der Eigenthümer gegen den früheren gutgläubigen Besitzer seiner Sache keinen Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises erheben kann, weder vor, noch nach Untergang derselben bei dem spätern Besitzer. Was von dem Fall des Paulus gilt, muß umsomehr von unserm gelten, denn dort bestand zwischen den beiden Parteien ein obligatorisches Verhältniß, welches durch den zweiten Verkauf verletzt ward, hier stehen sich beide, so lange nicht die reivindicatio erhoben ist, völlig fremd gegenüber, und der gutgläubige Besitzer, welcher die Sache verkauft, verletzt dadurch weder eine Pflicht gegen den Eigenthümer,

noch schädigt er dessen rechtliche Stellung, denn die reiv., die derselbe bisher gegen ihn hatte, geht jetzt gegen den neuen Besitzer.

Fragen wir uns: enthält der Kaufpreis, den er löst, eine Bereicherung aus der Sache des Eigenthümers? so lautet die Antwort: Nein! denn „pretium hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur." Würde der Kaufpreis, den er erhält, eine Bereicherung aus der Sache enthalten, so würde auch der Kaufpreis, den er gegeben hat, eine Verwendung auf die Sache in sich schließen und als solche vom Beklagten bei der Vindication in Anrechnung gebracht werden können.

Fragen wir weiter: enthält der Kaufpreis, wenn eine Bereicherung, so eine ungerechtfertigte, so lautet die Antwort ebenfalls wiederum: Nein! Denn der gutgläubige Besitzer begeht damit, daß er die Sache verkauft, ebensowenig ein Unrecht, als damit, daß er sie kauft; so wenig der Eigenthümer ihm aus dem einen einen Vorwurf machen kann, ebensowenig aus dem andern.

Aber angenommen, der Kaufpreis enthielte: 1. eine Bereicherung aus der Sache des Eigenthümers, und 2. eine ungerechtfertigte, so fehlt es gleichwohl noch an dem dritten Erforderniß der condictio sine causa: der Bereicherung auf Kosten des Eigenthümers. Denn der Eigenthümer büßt durch den Verkauf der Sache nicht das Mindeste ein — er behält, was er bisher hatte: seine reivindicatio, nur daß dieselbe statt wie bisher gegen den Verkäufer, so jetzt gegen den Käufer geht. Rechtlich hat sich in seiner Lage nicht das Mindeste verändert, denn für jene Klage ist bekanntlich die Person des Besitzers gleichgültig, und der Eigenthümer hat keinen Anspruch darauf, daß der gutgläubige Besitzer den Besitz beibehalte, sonst hätte man die Klage nicht bloß gegen denjenigen,

qui dolo desiit possidere, sondern schlechthin gegen denjenigen geben müssen: qui desiit possidere.

Enthält nun der Verkauf von Anfang an keine Bereicherung auf Kosten des Eigenthümers, wie kann der später erfolgte Untergang der Sache oder die Usucapion derselben von Seiten des dritten Besitzers hinterher das ganze Verhältniß auf den Kopf stellen? Entweder die Bereicherung lag damals vor — dann bedarf es nicht erst des Verlustes des Eigenthums, sondern es muß dem Eigenthümer sofort die condictio gegeben werden; oder aber sie lag nicht vor — wie kann jene Thatsache daran etwas ändern? Nicht der frühere Verkauf, sondern der jetzige Untergang der Sache ist es, durch den der Eigenthümer leidet.

Ich komme zu dem Resultat, daß für die condictio sine causa gegen den früheren gutgläubigen Besitzer nicht weniger als alle Voraussetzungen derselben fehlen. Der Kaufpreis, den derselbe gewonnen hat, enthält

1. keine Bereicherung aus der Sache des Eigenthümers,
2. keine ungerechtfertigte,
3. keine auf dessen Kosten.

Windscheid selber hat den Grundsatz von Paulus anerkannt, daß im obligatorischen Verhältniß der Forderungsberechtigte gegen den Verpflichteten keinen Anspruch auf das „lucrum ex negotiatione perceptum" habe (a. a. O. §. 327 Anm. 7); es hätte ihm obgelegen, das Hinderniß, das dieser Grundsatz seiner Theorie entgegensetzt, und das mir bei meiner citirten Abhandlung eben den Grund abgab, die Entscheidungen der l. 23 de R. Cr. (12. 1) und l. ult. de neg. gest. (3. 5) als singuläre zu bezeichnen und auf einen ganz speziellen Fall zu beschränken, aus dem Wege zu räumen. Er hat dasselbe gar nicht einmal berührt.

VI.

Die Bereicherungsklage gegen den früheren gutgläubigen Besitzer.

2. Praktische Bedenken.

Wir denken uns das obige in der Theorie des Paulus gelegene juristische Hinderniß hinweg und lassen uns die Klage gefallen; untersuchen wir, wohin sie in der Anwendung führt.

Die dem A von B gestohlene und von diesem an den gutgläubigen C verkaufte Sache ist im Laufe der Zeit durch das ganze Alphabet bis zu Z hindurch- und bei ihm untergegangen. Hier ist Z gegen jede Klage des A gesichert, dagegen sind die Voraussetzungen der cond. sine causa nach der Windscheid'schen Theorie in der Person aller seiner Vorgänger begründet.

Kann A jeden derselben in Anspruch nehmen? Die Quellen versagen jede Antwort, und auch Windscheid äußert sich nicht. Muthmaßlich wird er mir antworten, daß diese Frage nach den Grundsätzen über die Solidarobligationen zu entscheiden sei, so daß also A, wenn er von dem Einen vollen Ersatz erhalten habe, gegen die Uebrigen keinen weiteren Anspruch erheben könne. Aber was heißt hier voller Ersatz? Bedeutet es den Werth der Sache, so braucht der Beklagte, der durch den Verkauf mehr als denselben gelöst hat, nicht die volle Bereicherung herauszugeben, worauf doch die cond. sine causa einmal gerichtet ist, sondern nur bis zum Werth der Sache. Welcher Zeitpunkt soll aber für die Bestimmung des letzteren zu Grunde gelegt werden: der Werth im Moment des Unterganges — im Moment des jedesmaligen Verkaufs — im Moment des ursprünglichen Abhandenkommens? Denken wir uns eine Sache von wechselndem Werth z. B. ein Sklavenkind, das zur Zeit als es entwandt wurde, einen Werth von 1 x hatte, dann, als es heranwuchs, ein ungewöhnliches künstlerisches Ta-

lent zeigte und in Folge dessen in der Person des F bereits einen Kaufpreis von 5 x erzielte, der sodann auf Grund der ihm zu Theil werdenden Ausbildung bei G auf 10, bei M bis zu 30 x stieg, bis eine durch eintretende Altersschwäche oder sonstige Umstände veranlaßte Unfähigkeit seinen Kaufpreis bei U auf 10, bei V auf 5, bei W auf 2 x verminderte, bis die Sache bei Z mit einem Werth von 1 x unterging. Kann A von M den von ihm gelösten Kaufpreis von 30 verlangen? M wird ihm einwenden: Dir ist durch den Untergang bei Z, gegen den Du ohne denselben Deine reivind. hättest richten müssen, nur 1 x verloren gegangen; A seinerseits wird erwidern: dies ist für Dich völlig gleichgültig, denn Du bist aus meiner Sache um 30 x bereichert worden, es handelt sich für mich nicht um den Werth der Sache, sondern um Deine Bereicherung. Lassen wir aber den Werth der Sache als Maßstab dessen, was der A begehren kann, völlig außer Acht, stellen wir dessen Anspruch vielmehr lediglich auf die Thatsache der Bereicherung in der Person des Beklagten, so ist nicht abzusehen, worin die Gränze gefunden werden soll, bis zu der sich der Bereicherungsanspruch erstreckt, und warum nicht der A sämmtliche frühere Besitzer sollte in Anspruch nehmen können.

Aber angenommen, das Maximum des Kaufpreises bilde die Gränze. Wenn A weiß, daß M es ist, der das Maximum erzielt hat, so wird er sofort ihn in Anspruch nehmen. Wie aber, wenn er zuerst blos von dem Verkauf des C zu 2 x Kunde hatte und von ihm den Kaufpreis beitrieb und hinterher erfährt, daß D 4 x erhalten hat? Nach den Grundsätzen, die das römische Recht bei den Solidarobligationen und dem s. g. Untergang der Klagen durch Concurrenz zur Anwendung bringt, kann der Berechtigte, soweit er mittelst der einen Klage seinen Zweck nicht vollständig erreicht hat, den Ueberschuß mit einer zweiten nachholen. Sollen diese Grund-

sätze für das vorliegende Verhältniß maßgebend sein, so wird sich daraus ergeben, daß A jeden der Besitzer von C an bis zu M in Anspruch nehmen kann (blos auf den Ueberschuß des gegenwärtigen über den früheren Preis? oder auf den ganzen, von ihm eingenommenen Preis?), bis er endlich das Maximum von 30 x in Händen hat.

Auf alle diese Fragen müßte eine Gesetzgebung, welche die Windscheid'sche Theorie adoptiren wollte, Antwort geben, ihre Anwendung im wirklichen Leben würde sofort die eine oder andere dieser Fragen heraufbeschwören. Wäre die Klage den Römern bekannt gewesen, so hätten die römischen Juristen sich der Beantwortung dieser Fragen nicht entziehen können; es findet sich aber in den Quellen auch nicht die leiseste Spur davon — begreiflich, wenn die Bereicherungsklage auf den speziellen Fall beschränkt war, auf den ich sie beziehe, denn für ihn werfen sich alle diese Fragen gar nicht auf — unbegreiflich, wenn sie die Ausdehnung hatte, welche Windscheid ihr zuschreibt.

Ich fahre fort, mir die Klage in ihrer praktischen Anwendung zu vergegenwärtigen. Bekanntlich kann der gutgläubige Besitzer, wenn er mit der reivindicatio auf Herausgabe der Sache belangt wird, den Ersatz der impensae necessariae zum vollen Betrage, den der utiles zum gegenwärtigen Werth verlangen, während er für die voluptuariae das jus tollendi hat. Nach welchem Momente soll bei der condictio sine causa der gegenwärtige Werth der imp. utiles bemessen werden? Ist es der Moment, wo der C sie gemacht hat? Oder der, wo er die Sache verkauft hat? Oder der, wo sie untergegangen ist? Die Theorie der reivind. gibt uns darauf eine bestimmte Antwort, die Windscheid'sche Theorie der condictio sine causa läßt uns darauf ohne Auskunft. Am zutreffendsten würde es sein, wenn

sie uns auf den Moment des Verkaufs verwiese. Der Nachweis der Impensen von Seiten des gutgläubigen Besitzers war bis auf Justinian bei der kurzen Dauer der reivindicatio regelmäßig (von dem Fall der Usucapionsunfähigkeit der Sache abgesehen) mit keinen großen Schwierigkeiten verbunden, da die Usucapionszeit bei beweglichen Sachen nur ein Jahr, bei unbeweglichen nur zwei Jahre betrug. Im äußersten Fall erstreckte der Beweis des gutgläubigen Besitzers in Bezug auf die Impensen bei der beweglichen Sache (für die ja die Voraussetzung des demnächst erfolgenden Unterganges beim späteren Käufer allein in Betracht zu ziehen ist) sich über ein Jahr, und dazu gesellte sich die große Erleichterung, daß die Sache selber noch existirte, so daß also der Beweis sich ziemlich leicht erbringen ließ.

Nun vergegenwärtige man sich diesen Beweis bei der condictio sine causa und beachte dabei 1) daß sie nach Untergang der Sache angestellt werden kann, und 2) daß sie erst in dreißig Jahren verjährt — zur Zeit der römischen Juristen war sie sogar unverjährbar. Nach Windscheid braucht der Kläger nichts als den Betrag des Kaufpreises zu erweisen, da der ganze Kaufpreis als Bereicherung gelten soll, Sache des Beklagten ist es, den Beweis seiner Impensen zu erbringen. Man beachte, was dies unter diesen Umständen, wo die Sache selber nicht mehr existirt und vielleicht (wenn wir uns den Fall der Usucapionsunfähigkeit der Sache denken) bereits vor 29 Jahren aus dem Besitz des Beklagten gekommen ist, heißen will. Kläger muß nicht blos nachweisen, daß er die Impensen gemacht hat, sondern bei den necessariae, daß sie damals nothwendig waren, in Bezug auf die utiles, bis zu welchem Betrage sie in dem Zeitpunkt, den Windscheid dafür als maßgebenden zu Grunde legen will, den Werth der Sache erhöht haben. Man vergegenwärtige sich die

Schwierigkeiten dieses Beweises, und man wird mir schwerlich widersprechen, wenn ich behaupte, daß der ehemalige gutgläubige Besitzer in den meisten Fällen nicht zu seinem Recht gelangen, d. h. dasjenige nicht ersetzt erhalten wird, was er bekommen haben würde, wenn A seiner Zeit die reivind. gegen ihn angestellt hätte. In dem Kaufpreis von 30 x, den er von seinem Käufer erhalten hat, stecken vielleicht 10 x an eigenen Impensen; soweit er den Betrag nicht erweisen kann, fallen auch sie dem Kläger zu, unter dem Namen der Bereicherung entreißt derselbe ihm mithin etwas von dem Seinigen. Man sage nicht, dies sei einmal das unabwendliche Verhängniß bei der Beweislast, denn für das Recht ist ja die Frage eine offene, ob es das Schutzsystem des Eigenthums so gestalten soll, daß der Beklagte, nachdem er die Sache, die ihn überhaupt erst in eine rechtliche Beziehung zum Eigenthümer gebracht hat, gar nicht mehr besitzt, in Bezug auf den Beweis ungünstiger gestellt wird als vorher. Darin liegt eine vollständige Umkehr des natürlichen Verhältnisses, denn in erster Linie ist der Eigenthumsschutz auf die reivindicatio gestellt, die condictio sine causa tritt erst ergänzend an zweiter Stelle auf.

Am verletzendsten stellt sich das Verhältniß der letztern Klage zu der ersteren in Bezug auf die impensae voluptuariae. Rücksichtlich ihrer hat auch der gutgläubige Besitzer bei der reiv. nur das jus tollendi — was wird aus denselben bei der cond. sine causa, nachdem die Sache nicht blos aus seinem Besitz herausgekommen, sondern sogar untergegangen ist? Die Ausübung desselben ist jetzt unmöglich geworden, der Beklagte büßt also den Betrag, den er hätte retten können, wenn er mit der reiv. belangt worden wäre, ein, wenn er mit der cond. belangt wird — ein Resultat, über das ich kein Wort weiter zu verlieren brauche.

Wann beginnt die condictio sine causa zu verjähren? Offenbar erst, wenn die Sache untergegangen ist, denn so sehr auch die Consequenz der Bereicherungstheorie, wie oben nachgewiesen, es mit sich bringen würde, dem Eigenthümer sofort die Klage auf den Kaufpreis zu gewähren, da derselbe ja einmal eine Bereicherung aus der Sache enthalten soll, so hat doch Windscheid die in der l. 23 de R. Cr. (12. 1) und l. ult. de neg. gest. (3. 5) betonte und für den speziellen Fall dieser Stellen völlig passende Voraussetzung des Unterganges der Sache in seine Theorie mit hinübergenommen. Vorher ist mithin die actio nondum nata. Angenommen nun, die Sache ist dem Eigenthümer im Jahre 1800 gestohlen und vom Diebe dem B und von diesem dem C verkauft, so könnte der Eigenthümer sie noch 1829 vom C vindiziren. Geht sie in diesem Jahre unter, so entsteht an Stelle der reivindicatio gegen C die condictio sine causa gegen B und diese dauert bis 1859 fort. Hier ist also der gutgläubige Besitzer der cond. gegenüber wiederum ungleich ungünstiger gestellt als gegenüber der reivindicatio; von letzterer wird er im ungünstigsten Fall nach 30 Jahren frei, von ersterer unter derselben Voraussetzung erst nach 60 Jahren.

Was macht nun der Besitzer, nachdem ihm der Kaufpreis mittelst jener Klage abgestritten worden ist? Er nimmt, antwortet Windscheid, seinen Regreß gegen seinen Autor. Vom Standpunkt seiner Theorie selbstverständlich — ohne diese Annahme würde sie praktisch völlig undenkbar sein. Aber eine andere Frage ist, ob die römische Jurisprudenz den Evictionsanspruch auf diesen Fall ausgedehnt hat, und diese Frage muß ich verneinen.

Bei einer früheren Gelegenheit, wo ich die Windscheid'sche Theorie im Vorübergehen berührte, (Jahrb. XII, S. 316), hatte ich gegen sie folgenden Einwand erhoben.

„Windscheid hat bei derselben nicht bedacht, daß der Besitzer keinen Regreß gegen seinen Autor haben würde, da der Regreß die Eviction der Sache zu seiner Voraussetzung hat, nirgends aber jene condictio, die ja im praktischen Resultat der Eviction gleich käme (Preis statt der Sache) als genügende Voraussetzung der Evictionsklage, beziehungsweise als Rechtfertigungsgrund der litis denunciatio genannt wird. Jener Windscheid'sche Satz würde eine völlige Schutzlosigkeit des b. f. p. nach geschehener Veräußerung oder Verjährung, also eine völlige Unsicherheit des Eigenthumsverkehrs zur Folge haben."

Windscheid antwortet mir darauf (S. 39 der Abh.) „daß es nicht schwer sei zu zeigen, daß nicht er es sei, der hier etwas nicht bedacht habe." Das, was ich nicht bedacht haben soll, besteht darin, daß die Römer die act. emti nicht blos „im Fall der Eviction" geben, sondern auch da, „wo dem Käufer etwas entgeht, was er gehabt haben würde, wenn ihm das volle Recht an der Sache verschafft worden wäre", was er durch einige bekannte Beispiele illustrirt, z. B. den Fall, wenn der Käufer den Eigenthümer beerbt, den gekauften Sklaven freiläßt u. a. m. Er schließt mit der Bemerkung, „daß er nicht wisse, ob man nach diesen Entscheidungen noch ein formelles Zeugniß für die Zulässigkeit der act. emti in dem Falle werde verlangen wollen, wo dem Käufer zwar nicht die gekaufte Sache, aber der dafür erlangte Kaufpreis entzogen werde".

Ich glaube nicht, daß ich nöthig habe, mich gegen die Unterstellung zu sichern, etwas nicht gewußt oder beachtet zu haben, was kein Lehrer des Rechts umhin kann seinen Zuhörern bei der Lehre von der Eviction vorzutragen, und was jeder tüchtige Student aus der Pandektenvorlesung mit nach Hause nehmen muß. Die Statthaftigkeit der actio emti in

jenen Fällen, auf welche Windscheid mich verweist, und welche sich noch durch manche andere vermehren ließen, hat mit dem Einwande, den ich ihm entgegensetzte, gar nichts zu schaffen. Es ist nicht der bloße Mangel eines „formellen Zeugnisses“, auf den hin ich die Möglichkeit des Regreßanspruches bei der condictio sine causa in Abrede nehme, sondern es ist die prinzipielle Gestaltung der ganzen Evictionslehre, wie sie sich nun einmal bei den Römern historisch entwickelt und bis zuletzt behauptet hat. Ich bin zu dem Zweck genöthigt, etwas näher auf die Sache einzugehen.

Indem ich von der Evictionsklage des ältesten Rechts: der act. autoritatis absehe, fasse ich lediglich die beiden jüngern Formen des Evictionsanspruches: die Klage aus der stipulatio duplae und die act. emti ins Auge. Ich glaube mich nicht zu irren, wenn ich als die unerläßliche Voraussetzung der ersteren Klage das „evincere“, d. h. die Abstreitung der Sache im Wege des Processes, die evictio im technischen Sinn [1]) und die vorher erfolgte Streitankündigung (litis denunciatio) bezeichne, während die actio emti an diese Voraussetzung der processualischen Abstreitung nicht gebunden war, vielmehr außer diesem Fall der Eviction im technischen Sinn auch noch den der außerprocessualischen Einbuße der Sache, wie man mir verstatten möge ihn zu bezeichnen, dem die obigen von Windscheid in Bezug genommenen Beispiele angehören, mit umfaßte. Wie die wissenschaftliche Ausbildung des Evictionsanspruchs nach der letzteren Richtung der actio emti angehört, so die in der ersten Richtung der stipulatio

1) arg. l. 9 de evict. (21. 2). Si vendideris mihi servum Titii, deinde Titius me heredem reliquerit, Sabinus ait amissam actionem pro evictione, quoniam servus non potest evinci, sed in ex emto actione decurrendum est.

duplae — eine Behauptung, über welche eine aufmerksame Lectüre der beiden Titel de actionibus emti (19. 1) und de evictionibus (21. 2) Niemanden im Zweifel lassen kann. Die gangbaren Formulare der stipulatio duplae sind uns leider nicht erhalten, aber aus einer Reihe von Quellenäußerungen können wir nicht blos entnehmen, daß sie mit großer Genauigkeit und Umständlichkeit abgefaßt waren, sondern wir können mit Hülfe derselben auch die wesentlichen Punkte, die gerade für die vorliegende Frage den Ausschlag geben, feststellen. Das sind außer der poena dupli, die uns hier nicht interessirt: 1) das Versprechen des „habere licere“, 2) die Namhaftmachung der gerichtlichen Abstreitung, 3) die Verpflichtung zur litis denunciatio.

Wer nun die geschäftliche Vorsicht der Römer und die Sorgfalt, mit der sie ihre Cautionen abfaßten, nur von weitem kennt, wird nicht im Zweifel darüber sein, daß sie, wenn sie die Windscheid'sche condictio sine causa auf Bereicherung, (ich will sie im Gegensatz der Eviction der Sache die Eviction des Kaufpreises nennen) im Leben zu fürchten gehabt hätten, sicherlich nicht unterlassen haben würden, sich gegen diese Gefahr, die ja in ihrem Resultat der Eviction der Sache selber völlig gleichgekommen wäre, durch einen Zusatz in der Formel ganz so sicher zu stellen wie gegen die der Verpfändung [1]). Das gänzliche Schweigen der stipulatio duplae über diesen Punkt wird ihm nicht als der zufällige Mangel eines „formellen Zeugnisses“ in unsern Quellen, sondern als der unwidersprechliche Beweis gelten, daß jene Gefahr für die Römer gar nicht existirte. Bei keinem der drei genannten wesentlichen Punkte der Klage aus der stipulatio duplae wird auf diese Eventualität

---

1) Ueber den letzteren Fall s. l. 22 Cod. de evict. (8. 45) stipulationem de indemnitate ipsius conceptio commissam manifeste declarat.

einer zu fürchtenden Eviction des Kaufpreises durch die cond. sine causa Bezug genommen.

1. Nicht bei dem „habere licere“. Die Verpflichtung zur Leistung des habere licere war in der Stipulation offenbar nur gerichtet auf die gekaufte Sache. Nirgends, wo die römischen Juristen in den genannten beiden Titeln diese Verpflichtung behandeln, sprechen sie von einer Prästation des habere licere in Bezug auf den gelösten Kaufpreis, sondern stets nur in Bezug auf die Sache[1]). Wenn in l. 21 §. 2 de evict. (21. 2) der Gegensatz gemacht wird: cum neque corpus neque pecunia emtori absit, so ergibt der Verlauf der Stelle, daß hier nicht an eine Eviction des Kaufpreises, sondern an die Zahlung der litis aestimatio im Evictionsproceß über die Sache zu denken ist.

Wenn ich nun behaupte: daraus, daß die Stipulation nur der Eviction der Sache gedenkt, und daß auch die Juristen sich bei Behandlung derselben nur auf diesen Fall beschränken, ergibt sich mit voller Sicherheit, daß die Römer die Eviction des Kaufpreises gar nicht für möglich gehalten haben, weil sie sonst bei der Fassung der Stipulation auch auf diesen zweiten Fall Bedacht genommen haben würden, so glaube ich dagegen den Einwand nicht besorgen zu sollen, daß die Haftung für die Sache sich auch auf den Preis erstreckt habe. Der Einwand könnte nur aus dem Munde eines völlig Unkundigen kommen. Bei der

1) l. 21 §. 1 de evict. (21. 2) . . duplae stipulationem tunc committi, quoties res ita amittitur, ut eam emtori habere non liceat propter ipsam evictionem. l. 57 pr. ibid. Habere licere rem . . . ante ablatam vel abductam rem l. 70 ib. Evicta re ex emto actio . . . competit. l. 11 §. 18 de act. emt. (19. 1) . . habere licere vendidit . . proinde si evicta res erit. Der reale Erfolg der Eviction, so weit der Beklagte es nicht etwa zur litis aestimatio hat kommen lassen, besteht in dem auferre oder abducere rem, l. 57 pr. cit. §. 1 ib. si antequam abduceret vel auferret, l. 67 ibid. . . post evictionem servi, quem dominus abduxit.

stipulatio duplae ging es nach den Worten; was nicht gesagt war, galt nicht. Darum hielten die Juristen es sogar für nöthig, die Parteien daran zu erinnern, die Verpflichtung des habere licere nicht bloß auf die Sache schlechthin, sondern auch auf den Theil zu stellen:

l. 56 §. 2 ib. In stipulatione duplae, cum homo venditur, partis adjectio necessaria est, quia non potest videri homo evictus, cum pars ejus evicta est.

Wenn „Sache" nicht einmal den „Theil" derselben in sich begriff, um wie viel weniger den für sie gelösten Kaufpreis.

Auch den Einwand glaube ich kaum besorgen zu sollen, daß es der Bezugnahme auf den Fall der Eviction des Kaufpreises in der Stipulation aus dem Grunde nicht bedurft habe, weil dem Käufer die act. emti zu Gebote stand. Denn dieselbe Klage stand ihm auch für den Fall der Eviction der Sache zu. Wenn man sich aber für den letzteren Fall mit dieser (auf das Einfache gerichteten) Klage nicht begnügte, sondern mittelst jener Stipulation das duplum ausbedang, warum nicht ebenfalls für den der Eviction des Kaufpreises, wenn derselbe sonst zu besorgen gewesen wäre? Auf ein paar Worte mehr in der Formel wird es doch den Römern nicht angekommen sein! Oder hätte etwa die Fassung Schwierigkeiten gemacht, oder hätten etwa die Juristen daran Anstoß genommen, den Begriff der Eviction auf Geld auszudehnen? In der l. 18 §. 10 und l. 21 de jure fisci (49. 14) wird derselbe Ausdruck, mit dem, wie oben angegeben, die Eviction der Sache bezeichnet wird: auferre rem auch auf das Geld angewandt: auferre pecuniam, und wenn auch die Juristen gegen eine solche Ausdehnung des Evictionsbegriffs Protest eingelegt hätten, man konnte ja eine Fassung wählen, der ein derartiges Bedenken nicht entgegenstand.

Mein Resultat ist: wenn die Römer auf die Möglichkeit einer Eviction des Kaufpreises in ihrer stipulatio duplae nicht

Bezug nahmen, so kann der Grund davon nur darin erblickt werden, daß sie diese Gefahr praktisch gar nicht zu besorgen hatten.

Den zweiten wesentlichen Bestandtheil der stipulatio duplae bildete

2. die Erwähnung der processualischen Abstreitung der Sache.

Dies ergibt sich aus einer Reihe von Stellen z. B.

l. 24 ibid. quoniam quidem etiamsi verum sit, habere ei non licere servum, illud tamen verum non sit, judicio eum evictum esse. Ex emto tamen ... habet actionem.

l. 16 §. 1 ibid. Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori vel damnatus est litis aestimatione vel possessor ab emtore conventus absolutus est.

In den betreffenden Titeln werden nun sämmtliche Klagen, welche zur Eviction führen können, aufgezählt und nicht bloß aufgezählt, sondern kasuistisch bis in's Detail verfolgt, indem nicht nur unterschieden wird, ob der Käufer bei ihnen als Kläger oder Beklagter auftritt (l. 16 §. 1 cit., l. 29 §. 1 ibid.), sondern auch, wenn in zweiter Eigenschaft, ob die Sache auf Grund des arbitrium de re restituenda von ihm restituirt wird, oder ob er es zur condemnatio kommen läßt und die litis aestimatio entrichtet (l. 16 §. 1 cit.), ja in l. 57 pr. ib. wird sogar der höchst seltene Fall in Betracht gezogen, wenn der Vindicant nach gefälltem arbitrium

„ante ablatam vel abductam rem sine successore decesserit, ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint neque privatim a creditoribus distrahi",

und für diesen Fall die Klage aus der Stipulation versagt, quia rem habere ei licet, und in den Fällen der l. 39 pr. und

l. 66 §. 1 (restitutio in integrum und act. Publiciana rescissoria) unterläßt der Jurist nicht zu betonen, daß die Klage aus der Stipulation der Strenge nach nicht möglich sei und nur utiliter gegeben werden könne — sonstiger Zeugnisse für die Genauigkeit, mit der die Juristen die Evictionsklagen behandeln, zu geschweigen.

Außer der reivindicatio, für welche die Anführung von Zeugnissen überflüssig ist, werden folgende Klagen genannt: die Publiciana (l. 39 §. 1, l. 66 pr.) negatoria (l. 46 §. 1) confessoria (ususfructus, l. 13 §. 1, l. 49, Prädialservitut, l. 48, l. 75) hypothecaria (l. 34 §. 2, l. 66 pr.) hereditatis petitio (l. 13 §. 4, 8 de her. pet. 5. 3, l. 1 Cod. de evict. 8. 45) die act. communi dividundo (l. 34 §. 1) das liberale judicium (l. 39 §. 3, 4, l. 46 §. 2, 3) selbst die restitutio in integrum des Minderjährigen (l. 39 pr.) und die act. Publiciana rescissoria (l. 66 §. 1) — nur von der condictio sine causa auf den Kaufpreis ist nirgends die Rede! In l. 102 de V. O. (45, 1), wird „lis de proprietate instituta" und das „cavere pro evictione" als sich deckend betrachtet, in l. 35 de act. emt. (19. 1) wird dem Käufer, der ein angeblich servitutenfreies Grundstück gekauft hat, und gegen den dann sein Nachbar mit Erfolg das interdictum de itinere actuque privato angestellt hat, die Klage aus der Stipulation abgesprochen und nur die act. emti zuerkannt:

> licet enim stipulatio de evictione non committatur, quia non est de jure servitutis in rem actione pronunciatum, tamen dicendum est ex emto actionem competere.

Also die in rem actio oder eine ihr verwandte Klage[1]) bildete die Voraussetzung des Evictionsanspruches aus

1) Die Besitzesklage, da sie kein Definitivum begründet, enthält keine Eviction l. 3 pr., l. 11 §. 13 de act. emt. (19. 1), die entgegenstehende

sie uns auf den Moment des Verkaufs verwiese. Der Nachweis der Impensen von Seiten des gutgläubigen Besitzers war bis auf Justinian bei der kurzen Dauer der reivindicatio regelmäßig (von dem Fall der Usucapionsunfähigkeit der Sache abgesehen) mit keinen großen Schwierigkeiten verbunden, da die Usucapionszeit bei beweglichen Sachen nur ein Jahr, bei unbeweglichen nur zwei Jahre betrug. Im äußersten Fall erstreckte der Beweis des gutgläubigen Besitzers in Bezug auf die Impensen bei der beweglichen Sache (für die ja die Voraussetzung des demnächst erfolgenden Unterganges beim späteren Käufer allein in Betracht zu ziehen ist) sich über ein Jahr, und dazu gesellte sich die große Erleichterung, daß die Sache selber noch existirte, so daß also der Beweis sich ziemlich leicht erbringen ließ.

Nun vergegenwärtige man sich diesen Beweis bei der condictio sine causa und beachte dabei 1) daß sie nach Untergang der Sache angestellt werden kann, und 2) daß sie erst in dreißig Jahren verjährt — zur Zeit der römischen Juristen war sie sogar unverjährbar. Nach Windscheid braucht der Kläger nichts als den Betrag des Kaufpreises zu erweisen, da der ganze Kaufpreis als Bereicherung gelten soll, Sache des Beklagten ist es, den Beweis seiner Impensen zu erbringen. Man beachte, was dies unter diesen Umständen, wo die Sache selber nicht mehr existirt und vielleicht (wenn wir uns den Fall der Usucapionsunfähigkeit der Sache denken) bereits vor 29 Jahren aus dem Besitz des Beklagten gekommen ist, heißen will. Kläger muß nicht blos nachweisen, daß er die Impensen gemacht hat, sondern bei den necessariae, daß sie damals nothwendig waren, in Bezug auf die utiles, bis zu welchem Betrage sie in dem Zeitpunkt, den Windscheid dafür als maßgebenden zu Grunde legen will, den Werth der Sache erhöht haben. Man vergegenwärtige sich die

Schwierigkeiten dieses Beweises, und man wird mir schwerlich widersprechen, wenn ich behaupte, daß der ehemalige gutgläubige Besitzer in den meisten Fällen nicht zu seinem Recht gelangen, d. h. dasjenige nicht ersetzt erhalten wird, was er bekommen haben würde, wenn A seiner Zeit die reivind. gegen ihn angestellt hätte. In dem Kaufpreis von 30 x, den er von seinem Käufer erhalten hat, stecken vielleicht 10 x an eigenen Impensen; soweit er den Betrag nicht erweisen kann, fallen auch sie dem Kläger zu, unter dem Namen der Bereicherung entreißt derselbe ihm mithin etwas von dem Seinigen. Man sage nicht, dies sei einmal das unabwendliche Verhängniß bei der Beweislast, denn für das Recht ist ja die Frage eine offene, ob es das Schutzsystem des Eigenthums so gestalten soll, daß der Beklagte, nachdem er die Sache, die ihn überhaupt erst in eine rechtliche Beziehung zum Eigenthümer gebracht hat, gar nicht mehr besitzt, in Bezug auf den Beweis ungünstiger gestellt wird als vorher. Darin liegt eine vollständige Umkehr des natürlichen Verhältnisses, denn in erster Linie ist der Eigenthumsschutz auf die reivindicatio gestellt, die condictio sine causa tritt erst ergänzend an zweiter Stelle auf.

Am verletzendsten stellt sich das Verhältniß der letztern Klage zu der ersteren in Bezug auf die impensae voluptuariae. Rücksichtlich ihrer hat auch der gutgläubige Besitzer bei der reiv. nur das jus tollendi — was wird aus denselben bei der cond. sine causa, nachdem die Sache nicht blos aus seinem Besitz herausgekommen, sondern sogar untergegangen ist? Die Ausübung desselben ist jetzt unmöglich geworden, der Beklagte büßt also den Betrag, den er hätte retten können, wenn er mit der reiv. belangt worden wäre, ein, wenn er mit der cond. belangt wird — ein Resultat, über das ich kein Wort weiter zu verlieren brauche.

die Römer hätten dies aus dem Grunde unterlassen, weil ihrer Ansicht nach die actio emti für den Zweck ausgereicht hätte, habe ich mich schon oben (S. 297) ausgesprochen. Reichte sie für die Eviction des Kaufpreises aus, warum nicht auch für den der Eviction der Sache? Griff man trotz der act. emti in letzterem Fall zur stipulatio duplae, warum nicht auch in jenem? Man wende nicht ein: bei der Eviction des Kaufpreises habe es des duplum nicht bedurft, da der Betrag des Interesses hier mit dem Kaufpreis selber zusammengefallen sei, während er bei der Sache unbestimmt gewesen sei, und der Anspruch auf das Duplum den Kläger des schwierigen Interessenbeweises überhoben habe, denn das duplum hatte nicht bloß den Zweck, dem Kläger eine Erleichterung des Beweises zu gewähren, sondern außerdem noch zwei andere: einmal ihm Genugthuung dafür zu verschaffen, daß der Verkäufer ihn angeführt hatte [1]), und sodann letzteren durch die Aussicht auf diese ihn treffende Strafe von einem Verkauf abzuhalten, bei dem er seiner Sache nicht völlig sicher war, die stipulatio dupli enthielt eine ungleich höhere Eigenthumsgarantie als die bloße actio emti. Diese beiden letzteren Zwecke trafen für die Eventualität einer möglichen Eviction des Kaufpreises ganz so zu wie für die der Eviction der Sache.

Aber ich bestreite sogar die Voraussetzung, daß die actio emti für jenen Fall ausgereicht habe.

Bei allen drei Formen des Evictionsregresses (act. autori-

---

1) Es gilt hier dasselbe, was der Jurist in l. 1 §. 2 de aed. ed. (21. 1) von dem Zweck der ädilitischen Stipulationen sagt: Causa hujus edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint, dummodo sciamus, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae Aediles praestari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate.

tatis, ex stipulatu, emti) hebt der Untergang oder die Usucapion der Sache den Evictionsanspruch auf. So bestimmten in Bezug auf den letzteren Fall für die actio autoritatis schon die XII Tafeln: usus autoritas fundi biennium esto, ceterarum rerum annus d. h. mit der Usucapion (usus) hört die Haftung des Verkäufers (autoritas) auf; den Fall des Unterganges hielten sie gar nicht für nöthig besonders zu erwähnen. Ebenso die l. 54 pr. de evict. (21. 2):

> qui alienam rem vendidit, post longi temporis praescriptionem vel usucapionem desinit emtori teneri de evictione

und die l. 19 Cod. ibid. (8. 45).

Für den Fall des Unterganges der Sache sagt l. 26 Cod. ib. (8. 45):

> Si quis tibi servum vendidit, postquam is rebus humanis exemtus est, cum evictionis periculum finitum est, a te conveniri non potest.

Die Stelle schließt nach Untergang der Sache ganz allgemein jede Eviction aus, eine Eviction ist aber auch die des Kaufpreises. Wäre letztere rechtlich möglich gewesen, so durfte der Kaiser nicht so schlechthin den Satz aufstellen, daß die Gefahr der Eviction mit dem Tode zu Ende gehe, und daß von jetzt an der Verkäufer vom Käufer gar nicht mehr belangt werden könne. Wenn man diese Ungenauigkeit auch bei ihm damit entschuldigen wollte, daß er bei seiner Antwort nur die Verhältnisse des concreten Falles im Auge gehabt habe, so hätten doch die Compilatoren, wenn sie den Begriff der Eviction in dem weiten Sinn der Windscheid'schen Theorie verstanden hätten, in den Codextitel, welcher speziell de evictionibus handelt, unmöglich eine Stelle aufnehmen können und dürfen, welche den Untergang der Sache als Ende der Eviction bezeichnet, während derselbe jener Theorie zufolge gerade die Voraussetzung

des zweiten Falles der Eviction bildet. Daß der Sklave bei dem Fragsteller gestorben sei, ist in der Stelle mit nichts angedeutet, es ist willkürlich, diese Beschränkung in sie hineinzutragen.

Ich fasse das Resultat meiner bisherigen Entwicklung in den Satz zusammen: mit der condictio sine causa auf den Kaufpreis ist der Regreßanspruch gegen den Verkäufer unverträglich, da erstere den Untergang der Sache voraussetzt, letzterer aber mit dem Untergang der Sache hinwegfällt. Daraus ergibt sich, daß die condictio nur in dem Fall am Platz ist, wo das Hinderniß, das sich ihr in Gestalt der Regreßfrage entgegenstellen könnte, gar nicht existirt, und das ist gerade der Fall der l. 23 de R. Cr. (12. 1), auf den ich sie früher beschränkt habe, und für den ich sie auch jetzt noch allein für anwendbar halte. Dies führt mich auf den letzten Abschnitt meiner Abhandlung.

VII.

Die Bereicherungsklage gegen den früheren gutgläubigen Besitzer.

3. Quellenmäßige Gestalt.

Die citirte l. 23 de R. Cr. (12. 1) von Afrikan lautet:

> Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere, Julianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.

Von demselben Afrikan stammt die l. 49 de neg. gest. (3. 5), welche einen faktisch etwas abweichenden, aber juristisch völlig gleichen Fall behandelt.

> Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse

desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses.

Einen ähnlichen Fall behandelt Julian in der l. 24 §. 1 de act. emti (19. 1):

Servum tuum imprudens a fure bona fide emi; is ex peculio, quod ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est. Posse te eum hominem mihi condicere Sabinus dixit.

Völlig gleichlautend wird dieser Satz von Paulus im Anfang der l. 31 §. 1 de R. Cr. (12. 1) wiederholt, deren fernerer Verlauf uns hier nicht interessirt. In dem Fall der beiden ersten Stellen hatte der gutgläubige Besitzer aus fremder Sache Geld, in dem der beiden letzten aus fremdem Gelde eine Sache erworben. Juristisch stehen sich aber beide Fälle völlig gleich, die Voraussetzungen, an welche die vier Stellen die condictio des Eigenthümers (A) knüpfen, sind dieselben, nämlich folgende drei.

1. In beiden Fällen hat der Beklagte (B) die fremde Sache sine causa, sine titulo in seinen Besitz bekommen d. h. ohne einen vom Recht anerkannten Erwerbsakt — der Besitzer hat hier keinen Autor, ein Umstand, dessen hoher Einfluß auf unsere Frage sofort klar werden wird.

2. Der B hat den Besitz der Sache auf einen Andern (C) gegen ein Aequivalent übertragen. So lange dieselbe noch bei C existirt, kann A sie vindiciren; thut er es, so treibt er damit den C auf B zurück, und letzterer hört auf bereichert zu sein.

3. Die Sache ist beim C untergegangen, sei es physisch, sei es wie beim Gelde juristisch. Damit ist die Vindication des A gegen den C ausgeschlossen und die Bereicherung des B eine definitive geworden.

Der hier dargelegte Thatbestand unserer Klage fordert uns

zu zwei Bemerkungen auf. Zuerst über das Erforderniß des Unterganges der Sache. Ist die Bedeutung, die wir demselben beigelegt haben, die richtige, so erfordert die Consequenz ein Doppeltes.

Erstens muß die Usucapion der Sache von Seiten des C dem Untergange gleich gestellt werden, denn auch sie beseitigt die reiv. des A und damit die Eventualität einer Regreßklage des C gegen den B, die Bereicherung des B ist eine definitive geworden; wodurch dies geschehen, ob durch Untergang oder Usucapion der Sache, kann, wenn im übrigen die obigen Voraussetzungen vorliegen, nichts verschlagen. Ob man sich für diese Ansicht auf l. 1 Cod. de reb. al. (4. 51) berufen darf, ist mir zweifelhaft, da die Voraussetzung, deren die Stelle gedenkt: si probatum fuerit, Julianum nullo jure munitum vendidisse sich eben so gut auf den Fall des wissentlichen, eigenmächtigen Verkaufs einer fremden Sache beziehen läßt (den meines Erachtens auch die l. 1 Cod. de com. rer. al. (4. 52) im Auge hat) als auf den des unwissentlichen von Seiten des gutgläubigen untitulirten Besitzers.

Zweitens würde die Consequenz der obigen Auffassung des Unterganges der Sache dahin führen, daß dem A auch in dem Fall ein Anspruch auf den Preis zugestanden werden müßte, wenn er auf die Vindication gegen den C verzichtet; dadurch wird der Regreßanspruch desselben gegen den B ganz so beseitigt und die Bereicherung des letzteren ganz so eine definitive, als wenn die Sache untergegangen oder usucapirt worden wäre. Es ist nicht abzusehen, warum der Gesichtspunkt der neg. gestio, den Afrikan für den Fall des Unterganges zu Hülfe nimmt, nicht auch hier zutreffen sollte. Und doch hebt nicht bloß Afrikan für diese Klage, sondern auch Julian für die cond. sine causa das Erforderniß des Unterganges der Sache ausdrücklich hervor.

Es ergibt sich daraus, wie wenig die Römer geneigt gewesen sind, den Gedanken der verpflichtenden Kraft der grundlosen Bereicherung in seiner vollen Consequenz zu verwirklichen. Hätten sie ihn in der prinzipiellen Allgemeinheit erfaßt, die Windscheid ihm gibt, so wäre jene Halbheit bei Julian und Afrikan nicht zu begreifen, noch weniger aber, wie Afrikan für einen und denselben Zweck das eine Mal zur cond. sine causa, das andere Mal zur act. neg. gest. greift. Woher dies Schwanken und diese Zaghaftigkeit? Ich meine, daß es nur der Verweisung auf die oben (S. 281) benutzte Stelle des Paulus: „pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur, et sic fit, quasi alii non vendidissem“ und die von mir hervorgehobenen praktischen Bedenken (Nr. VI) bedarf, um darauf die Antwort zu ertheilen. Die condictio sine causa des Eigenthümers auf Herausgabe der Bereicherung, innerhalb der richtigen engen Grenzen eine werthvolle Ergänzung des Eigenthumsschutzes, hätte, dieser Grenzen entbunden, die ganze Sicherheit des Verkehrs vernichten können. Darum die Beschränkung derselben auf den untitulirten Besitzer, gegen den sie gewährt werden kann, ohne daß andere Personen in Mitleidenschaft gezogen werden, da er keinen Autor und mithin keinen Regreßanspruch hat, und darum selbst bei ihm die Beschränkung auf den äußersten Nothfall, d. h. wenn der Eigenthümer durch Untergang der Sache (beziehungsweise, wenn man meine Ansicht billigt, durch Usucapion) der reivindicatio beraubt worden ist.

Die zweite Bemerkung, die ich zu machen habe, betrifft die erste der drei oben angeführten Voraussetzungen unserer Klage: den Mangel des Erwerbsgrundes in der Person des Besitzers. Ich verstehe darunter nicht den inneren Mangel: die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts, durch welches er

den Besitz der Sache erlangt hat, sondern den äußern Mangel, das Fehlen, nicht den Fehler des Erwerbsaktes.

Windscheid hat in seiner Abhandlung das gesammte Material an Stellen, welches sich für unsere Frage heranziehen läßt, einer sorgfältigen Prüfung unterworfen, und er schließt dieselbe (S. 18) mit dem Resultat ab, daß einige der Stellen (l. 23 de R. Cr. 12. 1, l. 49 de neg. gest. 3. 5, l. 30 pr. de act. emt. 19. 1, l. 18 pr. de R. Cr. 12. 1) unzweifelhaft einen redlichen Besitzer ohne Titel im Auge haben, zwei andere (l. 1 Cod. de reb. al. 4. 51, l. 1 Cod. de com. rer. al. (4. 52) wahrscheinlich, eine andere (l. 12 §. 1 de distr. pign. 20. 5) nicht unzweifelhaft den redlichen Besitzer überhaupt; bei einer andern (l. 24 §. 1 de act. emt. 19. 1) sei es zweifelhaft, ob es die Bereicherungsklage sei, welche sie gewähre; drei andere Stellen, welche er noch anführt (l. 17 pr. de R. V. 6. 1, l. 23 §. 5 ibid. und §. 26 I. de rer. div. 2. 1) scheiden für die vorliegende Frage aus, und von zwei andern (l. 17 de solut. 46. 3, l. 67 de I. D. 23. 3) glaubt er nachweisen zu können, daß sie wenigstens nicht gegen seine Ansicht sprechen.

Nun bin ich zwar mit der Auslegung, welche Windscheid von diesen Stellen gibt, keineswegs überall einverstanden, und ich glaube ihnen für meine Ansicht doch immerhin noch mehr entnehmen zu können, als Windscheid zugestehen will. Allein es genügt mir sein Zugeständniß, daß diese Stellen seiner Ansicht wenigstens keinen Halt gewähren, und indem ich mich des exegetischen Geplänkels enthalte, folge ich Windscheid auf die Höhe der principiellen Auffassung, auf der nach seiner Meinung der schließliche Austrag dieser Differenz erreicht werden muß. Der bisherige Verlauf meiner Abhandlung wird gezeigt haben, wie auch ich meinerseits bestrebt gewesen bin, den Ausschlag nicht in ein-

zelnen Quellenstellen, sondern in den allgemeinen Principien des Rechts zu suchen, es kann mir daher nur erwünscht sein, wenn er damit einverstanden ist, den Streit in diese Region hinüber zu spielen.

Windscheid faßt (S. 26) sein Gesammturtheil dahin zusammen, daß seiner Ansicht nach kein Grund vorhanden sei, die Entscheidungen, welche in den Quellen für den redlichen Besitzer ohne Titel enthalten seien, lediglich auf diesen Besitzer zu beschränken, daß vielmehr in ihnen der Ausdruck einer allgemeinen für den redlichen Besitzer überhaupt geltenden Wahrheit gefunden werden müsse. Drei Gründe seien es, welche man gegen diese Erstreckung und für die Beschränkung geltend gemacht habe, der erste: daß das für den gutgläubigen Besitzer ohne Titel Bestimmte Ausnahmsrecht sei, der zweite, daß die Bereicherung des mit Titel versehenen gutgläubigen Besitzers keine ungerechtfertigte sei, der dritte komme darauf hinaus, daß der mit Titel versehene gutgläubige Besitzer gar nicht bereichert sei.

Es läge mir nun ob, Windscheid bei der Prüfung und Widerlegung dieser drei Gründe zu folgen. Wenn ich mich dessen überhebe, so geschieht es nicht, weil mich seine Ausführungen im Uebrigen überzeugt hätten, sondern weil ich nach dem, was ich unter den beiden Nummern V und VI an legislativen oder praktischen und theoretisch-juristischen Gründen gegen die Windscheid'sche Ansicht vorgebracht habe, es weder für erforderlich, noch auch für ersprießlich halte, mit Gesichtspunkten zu operiren, deren erfolgreiche wissenschaftliche Verwendung erst eine Verständigung über ihre genaue begriffliche Feststellung erfordern würde.

Es ist bei einem wissenschaftlichen Streit schon viel gewonnen, wenn man sich des Gegensatzes in seiner ganzen Schärfe bewußt wird. Ich glaube den Gegensatz, der uns

beide trennt, nicht schärfer treffen zu können, als wenn ich sage, daß mein Standpunkt der des römischen Eigenthums und der Windscheid's der der Bereicherung ist. Ich meinerseits verlange, daß sich der Gedanke der Bereicherung den Anforderungen des Eigenthums, Windscheid, daß sich das Eigenthum jenem Gedanken unterordne. Indem ich meinerseits vom Eigenthum ausgehe, erblicke ich in dem possessorischen und dinglichen Schutz desselben (von den Delictsklagen ist hier, wo es sich nur um den gutgläubigen Besitzer handelt, selbstverständlich nicht die Rede) historisch wie praktisch die primäre Form seiner Sicherung und kann in der Ergänzung, welche die neuere Rechtsbildung in dem in dieser Richtung selbst auf der Höhe der römischen Jurisprudenz noch als unfertig zu bezeichnenden (s. u.) Gedanken der Bereicherung ihr bietet, eben nur eine Ergänzung erblicken, die an den seit Jahrhunderten bestehenden und zur vollkommenen Reife entwickelten Grundsätzen über das Eigenthum (die Eviction mit inbegriffen) ihr Maß und Ziel findet. Von diesem Standpunkt aus kann ich der condictio sine causa nur Zulaß gewähren, soweit dies unbeschadet jener Grundsätze möglich ist, und dies trifft, wie ich zu zeigen hoffe, nur bei dem untitulirten gutgläubigen Besitzer zu. Windscheid dagegen geht von dem allgemein gültigen Gedanken der verpflichtenden Kraft der Bereicherung aus und postulirt daher auch innerhalb des Eigenthums seine volle Verwirklichung; die Fälle, in denen ihm dieselbe innerhalb dieses Gebietes durch positiv entgegenstehende Bestimmungen des römischen Rechts abgeschnitten ist (S. 255), sind in seinen Augen Irregularitäten, die er, wie ich dies oben (S. 257) in Bezug auf das Fruchtrecht nachgewiesen habe, sich gedrungen sieht durch besondere Gründe zu rechtfertigen. Für ihn erstreckt sich die Geltung des Gedankens der Bereicherung, wie ich kurz sagen will, über das ganze

Eigenthumsgebiet, so weit nicht das Gegentheil erwiesen werden kann, für mich nur soweit, als sie sich positiv darthun läßt.

Man wird mir zugestehen, daß, so lange der Gegensatz dieser beiden Grundanschauungen nicht wissenschaftlich zum Austrag gebracht worden ist, für den Praktiker nichts übrig bleibt, als sich einfach an die Entscheidungen der Quellen zu halten und dem entsprechend bei der Frage, die uns hier allein interessirt, die condictio sine causa lediglich in dem Fall zur Anwendung zu bringen, bei dem sie quellenmäßig allein auftritt: in dem des Besitzerwerbs sine causa. Es ist aber immer ein kümmerlicher Nothbehelf sich auf den bloßen Buchstaben zurückzuziehen, es ist der Rückzug dessen, der daran verzweifelt, die Frage mittelst innerer Gründe zur Entscheidung zu bringen. Ich hoffe nun, durch den gegenwärtigen Aufsatz diese letztere Art der Entscheidung ermöglicht zu haben, indem ich die Gründe dargelegt habe, welche sich der weiten Ausdehnung, welche Windscheid unserer Klage gewähren will, entgegensetzen, und es bleibt mir nur noch übrig, die Beschränkung derselben auf das ihr von mir gesteckte enge Anwendungsgebiet innerlich zu rechtfertigen.

Die condictio sine causa ist auf das Verhältniß des gutgläubigen Besitzers ohne Autor beschränkt, weil hier das Hinderniß hinwegfällt, das sich ihr bei dem titulirten Besitzer in Bezug auf den Regreßanspruch gegen den Autor entgegenstellt. Sowie die Lehre von der Eviction sich bei den Römern nun einmal historisch gestaltet hatte, (S. 294—304), hätte der Käufer im Fall der Eviction des Preises mittelst der cond. sine causa keinen Regreßanspruch gehabt — ein Resultat, das von vornherein, wenn man jene Lehre nicht von Grund aus verändern wollte, jeden Gedanken an die Gewährung der condictio gegen den titulirten Besitzer

ausschließen mußte. Nur beim Besitzer ohne Autor fiel dieses Bedenken hinweg. Die condictio entzog ihm nichts, worauf er obligatorisch seinem Autor gegenüber einen Anspruch hatte, und wofür ihm letzterer mithin hätte aufkommen müssen, sondern sie beschränkte ihre Wirkung lediglich auf seine Person, indem sie ihm einen Gewinn entzog, der ihm in keiner Weise gebürte. Denselben Gedanken, den das S. C. Juventianum bei der hereditatis petitio für die universitas zur Geltung brachte, verwirklichte unsere condictio für die res singularis: die Herausgabe der Bereicherung Seitens des untitulirten Besitzers. Nur mit einem Unterschiede. Der Erbe kann den Kaufpreis, den der Besitzer durch Verkauf der erbschaftlichen Sache gewonnen hat, nicht erst dann begehren, wenn dieselbe vom Käufer usucapirt oder bei ihm untergegangen ist, sondern sofort, nur verzichtet er damit auf die Vindication der Sache gegen den dritten Besitzer (l. 25 §. 17 de her. pet. 5. 3), während die Juristen, wie oben (S. 306) nachgewiesen, es nicht gewagt haben, bei der condictio bis zu dieser letzten Consequenz der Bereicherungstheorie vorzugehen — Beweis genug, wie wenig sie selbst in einem Fall, wo praktisch die Verwirklichung dieser Consequenz nicht den geringsten Anstand haben konnte, der juristischen Bedenken, welche sich der Uebertragung eines auf eine Sache gerichteten Anspruches auf den Preis entgegenstellten (Nr. VI), gänzlich Herr zu werden vermochten.

Ich glaube, im Bisherigen die Beschränkung unserer condictio auf den gutgläubigen Besitzer ohne Autor innerlich gerechtfertigt und damit den Schein einer positiven Irregularität, den sie nach Windscheid vom Standpunkt der von mir verfochtenen Ansicht aus an sich tragen soll, beseitigt zu haben. Aber ich glaube, den Beweis meiner Auffassung noch in einer Weise vervollständigen zu können, die zugleich den

Vorzug glaubt beanspruchen zu können, eine Erscheinung des römischen Rechts, die meines Wissens eine Erklärung überhaupt noch nicht gefunden hat, ins richtige Licht zu setzen.

Es ist das Auftreten der reivind. utilis in Fällen, in denen sie lediglich die Function einer persönlichen Klage auf Herausgabe des Gewinns hat [1]), in denen also der Windscheid'schen Theorie zufolge die cond. sine causa hätte gegeben werden müssen.

Es sind dieß folgende Fälle.

Zuerst der der oben (S. 246) besprochenen l. 5 §. 3 de R. V. (6. 1): die reiv. utilis des früheren Eigenthümers eines von einem Andern in sein Grundstück gepflanzten und dort im Lauf der Zeit festgewachsenen Baumes. Daß sie nicht auf Herausnahme des Baumes selber, sondern nur auf Entrichtung des Werthes (und zwar desjenigen, den der Baum hatte, als er eingepflanzt ward, nicht desjenigen, den er jetzt hat) gerichtet werden kann, darüber herrscht kein Zweifel. Warum hier die reiv. utilis, warum nicht die ungleich näher liegende condictio sine causa? Etwa weil Varus und Nerva, welche nach Ulpian's Bericht in dieser Stelle diese Klage proponirten, letztere noch nicht kannten? Aber Ulpian kannte sie doch bereits; warum nannte er sie nicht? Der Leser wird meine Antwort errathen; die reivindicatio utilis sicherte dem Besitzer des Baums den Regreß gegen seinen Autor, sie ermöglichte die litis denunciatio, kurz sie brachte die Sache in den normalen Weg des Evictionsverfahrens, was die cond. sine causa nach unsern obigen Ausführungen nicht gethan haben würde.

Der zweite Fall ist der der oben (a. a. O.) berührten

---

1) S. meine Abhandlung über die reiv. utilis in diesen Jahrbüchern B. 1, S. 140. 141.

l. 9 §. 2 de A. R. D. (41. 1): die reivind. utilis, durch welche der Herr der bemalten Tafel gegen den Maler seinen Ersatzanspruch geltend macht. Auch sie leitet wiederum den Streit in die Bahn des Evictionsverfahrens; der Maler, mit der reiv. utilis in Anspruch genommen, verkündet seinem Autor den Streit und sichert sich dadurch seinen Evictionsanspruch. Ganz dasselbe hat er zu thun, wenn er seinerseits die reiv. directa erhebt und als Kläger den Streit darüber, wem die Tafel gehört habe, zum Austrag bringen will.

Justinian hat in der l. 3 Cod. de quadr. praescr. (7. 37) noch einen analogen Fall der reivindicatio hinzugefügt; ob man sie als directa oder utilis bezeichnen will, was für unsere Frage gleichgültig ist, hängt davon ab, wie man über die Eigenthumsfrage in demselben denkt. Wenn der Fiscus oder der Regent oder die Regentin eine fremde Sache — wir werden zu ihren Ehren annehmen dürfen: in gutem Glauben — verkaufen oder verschenken, so kann der Eigenthümer dieselbe von ihrem Inhaber bekanntlich nicht vindiciren, er ist vielmehr auf eine Entschädigungsforderung gegen die genannten Personen angewiesen, und als Form derselben nennt die Constitution lediglich die dinglichen Klagen („quas existimant posse sibi competere actiones in rem vel hypothecariam"), während die l. 2 Cod. ibid. von Zeno noch alle möglichen anderen Klagen („vel in personam civiles seu praetorias vel ex legibus seu sacratissimis constitutionibus vel quaslibet alias") genannt hatte, wobei dem Verfasser der Stelle vielleicht der Fall einer contractlich dem Fiscus vom Eigenthümer obligatorisch überlassenen und von ihm versehentlich veräußerten Sache vorgeschwebt hat. Ich lasse es dahin gestellt, ob man dem Verfasser der justinianischen Constitution den hohen Grad der juristischen Einsicht und Umsicht zutrauen darf, daß er durch die ausschließ-

liche Verweisung des Entschädigungsanspruchs in die Form der dinglichen Klage der im Obigen begründeten Rücksicht auf die correcte Fundirung des Regreßanspruches hat entsprechen wollen; jedenfalls ist beachtenswerth, daß er die condictio sine causa, die doch zunächst gelegen hätte, nicht nennt.

Nur in der oben (a. a. O.) berührten l. 23 §. 5 de reiv. (6. 1) ist für den Fall des Eigenthumsverlustes durch Verbindung dieser Weg verlassen, und an die Stelle der reivind. utilis des Herrn der Nebensache eine act. in factum gesetzt. Dürften wir annehmen, daß der Jurist dabei den Fall im Auge gehabt habe, wenn ein malae fidei possessor die fremde Sache mit der seinigen verbunden habe, so würde diese act. in factum als die bekannte Erweiterung der act. legis Aquiliae aufzufassen sein. Die Stelle selber giebt zu dieser beschränkenden Erklärung keinen Anlaß, wir müssen sie mithin ganz allgemein verstehen. Warum der Jurist statt der reiv. utilis eine actio in factum gewählt hat, darüber wage ich keine Vermuthung. Jedenfalls aber verdient constatirt zu werden, daß der Jurist nicht die cond. sine causa nennt, die doch nach der Theorie von Windscheid ungleich eher am Platz gewesen wäre als jene unbestimmte act. in factum, zu der die Juristen nur dann greifen, wenn sie sich von jeder andern verlassen sehen.

Ich kehre zu der cond. sine causa gegen den früheren gutgläubigen Besitzer auf Herausgabe des Preises zurück, um noch eine Quellenstelle nachzutragen, die das uns zu Gebote stehende Material positiv vervollständigt, indem sie in einem Fall, der uns bisher noch nicht begegnet ist, einen Anspruch auf die Bereicherung gewährt. Für die Theorie der cond. sine causa ist sie negativ insofern von Interesse, als die Klage, welche sie gibt, wiederum wie im vorigen Fall nicht

die cond. sine causa, sondern die act. in factum ist. Es ist die l. 52 de R. V. (6. 1). Der Besitzer hat den Besitz der Sache dolo malo aufgegeben und stirbt. Hier gibt Julian gegen die Erben eine actio in factum auf Herausgabe der Bereicherung. Ich bitte zu beachten, daß es derselbe Julian ist, der sich in unserer obigen l. 23 de R. Cr. (12. 1) zu gleichem Zweck für die condictio sine causa entscheidet. Also auch bei ihm dasselbe Schwanken in Bezug auf die Klage, das wir oben (S. 307) bei Afrikan constatirt haben; das eine Mal gibt der Eine die actio in factum, das andere Mal die condictio sine causa, das eine Mal der Andere die letztere Klage, das andere Mal die act. neg. gestorum. Für denselben Zweck, für den nach der Theorie von Windscheid die cond. sine causa die allein zutreffende Klage gewesen sein würde, bieten die römischen Juristen nicht weniger als vier verschiedene Klagen auf: die reivindicatio utilis, die act. in factum, die act. negotiorum gestorum und die condictio sine causa.

VIII.

Praktisches Endresultat.

Ich glaube meine bisherigen Ausführungen mit dem Satz abschließen zu können: einen Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises gegen den früheren gutgläubigen Besitzer hat der Eigenthümer nur in zwei Fällen. Der erste ist der des Besitzes sine causa (condictio sine causa der l. 23 de R. Cr. 12. 1, act. neg. gest. der l. 49 de neg. gest. 3. 5). Der zweite Fall ist der obige der Haftung des Erben des dolosen Alienanten (act. in fact. der l. 52 de R. V. 6. 1). Einen Anspruch auf Herausgabe der mit seinem Gelde gekauften Sache hat der Eigenthümer ebenfalls nur unter den obigen Voraussetzungen (condictio sine causa der l. 24 §. 1

de act. emti 19. 1). Wer fremdes Geld oder fremde Sachen in gutem Glauben durch Rechtsgeschäft erhält, haftet dem Eigenthümer nie auf Herausgabe dessen, was er damit gewonnen hat; — der Untergang der reivindicatio gegen ihn ist gleichbedeutend mit Anspruchslosigkeit des Eigenthümers gegen ihn.

Von dem im Bisherigen betrachteten Verhältniß des früheren Besitzers bin ich aber genöthigt noch einmal zu dem im ersten Theil meiner Abhandlung behandelten Verhältniß des letzten Besitzers zurückzugreifen, nicht um etwas nachzuholen, was ich schon damals hätte vorbringen können, sondern um für dasselbe eine Consequenz zu ziehen, für welche mir erst der zweite Theil die Prämissen liefern mußte.

Es würde ein nicht zu ertragendes Mißverhältniß sein, wenn derselbe gutgläubige untitulirte Besitzer im Fall der Veräußerung derselben auf Herausgabe der Bereicherung haften, im Fall der Verwendung derselben aber für seine eigenen Zwecke (Consumtion, Specification, Verbindung) frei ausgehen sollte. In dem letzteren Fall ist die Uebertragung der condictio sine causa auf ihn nicht blos gerechtfertigt, sondern geboten, die Art, wie er sich hier aus der fremden Sache bereichert, ist eine unmittelbare, er ist in der That „ex re", nicht wie in jenem Fall blos „ex negotiatione" bereichert. Als Beispiele, in denen die condictio in beiden Richtungen leicht zur Anwendung gelangen kann, nenne ich die Abgabe einer Sache an den Unrechten, das Stehen- und Liegenlassen von Sachen, die unter die unsrigen gekommen sind, und die wir fälschlich für eigene und als solche consumirt oder veräußert gehalten haben. Derartige Fälle sind mir schon vielfach im Leben vorgekommen, und ich bin nie darüber zweifelhaft gewesen, daß hier die cond. sine causa nicht blos begründet, sondern legislativ vollkommen motivirt ist, so daß

beide trennt, nicht schärfer treffen zu können, als wenn ich sage, daß mein Standpunkt der des römischen Eigenthums und der Windscheid's der der Bereicherung ist. Ich meinerseits verlange, daß sich der Gedanke der Bereicherung den Anforderungen des Eigenthums, Windscheid, daß sich das Eigenthum jenem Gedanken unterordne. Indem ich meinerseits vom Eigenthum ausgehe, erblicke ich in dem possessorischen und dinglichen Schutz desselben (von den Delictsklagen ist hier, wo es sich nur um den gutgläubigen Besitzer handelt, selbstverständlich nicht die Rede) historisch wie praktisch die primäre Form seiner Sicherung und kann in der Ergänzung, welche die neuere Rechtsbildung in dem in dieser Richtung selbst auf der Höhe der römischen Jurisprudenz noch als unfertig zu bezeichnenden (s. u.) Gedanken der Bereicherung ihr bietet, eben nur eine Ergänzung erblicken, die an den seit Jahrhunderten bestehenden und zur vollkommenen Reife entwickelten Grundsätzen über das Eigenthum (die Eviction mit inbegriffen) ihr Maß und Ziel findet. Von diesem Standpunkt aus kann ich der condictio sine causa nur Zulaß gewähren, soweit dies unbeschadet jener Grundsätze möglich ist, und dies trifft, wie ich zu zeigen hoffe, nur bei dem untitulirten gutgläubigen Besitzer zu. Windscheid dagegen geht von dem allgemein gültigen Gedanken der verpflichtenden Kraft der Bereicherung aus und postulirt daher auch innerhalb des Eigenthums seine volle Verwirklichung; die Fälle, in denen ihm dieselbe innerhalb dieses Gebietes durch positiv entgegenstehende Bestimmungen des römischen Rechts abgeschnitten ist (S. 255), sind in seinen Augen Irregularitäten, die er, wie ich dies oben (S. 257) in Bezug auf das Fruchtrecht nachgewiesen habe, sich gedrungen sieht durch besondere Gründe zu rechtfertigen. Für ihn erstreckt sich die Geltung des Gedankens der Bereicherung, wie ich kurz sagen will, über das ganze

Eigenthumsgebiet, so weit nicht das Gegentheil erwiesen werden kann, für mich nur soweit, als sie sich positiv darthun läßt.

Man wird mir zugestehen, daß, so lange der Gegensatz dieser beiden Grundanschauungen nicht wissenschaftlich zum Austrag gebracht worden ist, für den Praktiker nichts übrig bleibt, als sich einfach an die Entscheidungen der Quellen zu halten und dem entsprechend bei der Frage, die uns hier allein interessirt, die condictio sine causa lediglich in dem Fall zur Anwendung zu bringen, bei dem sie quellenmäßig allein auftritt: in dem des Besitzerwerbs sine causa. Es ist aber immer ein kümmerlicher Nothbehelf sich auf den bloßen Buchstaben zurückzuziehen, es ist der Rückzug dessen, der daran verzweifelt, die Frage mittelst innerer Gründe zur Entscheidung zu bringen. Ich hoffe nun, durch den gegenwärtigen Aufsatz diese letztere Art der Entscheidung ermöglicht zu haben, indem ich die Gründe dargelegt habe, welche sich der weiten Ausdehnung, welche Windscheid unserer Klage gewähren will, entgegensetzen, und es bleibt mir nur noch übrig, die Beschränkung derselben auf das ihr von mir gesteckte enge Anwendungsgebiet innerlich zu rechtfertigen.

Die condictio sine causa ist auf das Verhältniß des gutgläubigen Besitzers ohne Autor beschränkt, weil hier das Hinderniß hinwegfällt, das sich ihr bei dem titulirten Besitzer in Bezug auf den Regreßanspruch gegen den Autor entgegenstellt. Sowie die Lehre von der Eviction sich bei den Römern nun einmal historisch gestaltet hatte, (S. 294—304), hätte der Käufer im Fall der Eviction des Preises mittelst der cond. sine causa keinen Regreßanspruch gehabt — ein Resultat, das von vornherein, wenn man jene Lehre nicht von Grund aus verändern wollte, jeden Gedanken an die Gewährung der condictio gegen den titulirten Besitzer

ausschließen mußte. Nur beim Besitzer ohne Autor fiel dieses Bedenken hinweg. Die condictio entzog ihm nichts, worauf er obligatorisch seinem Autor gegenüber einen Anspruch hatte, und wofür ihm letzterer mithin hätte aufkommen müssen, sondern sie beschränkte ihre Wirkung lediglich auf seine Person, indem sie ihm einen Gewinn entzog, der ihm in keiner Weise gebürte. Denselben Gedanken, den das S. C. Juventianum bei der hereditatis petitio für die universitas zur Geltung brachte, verwirklichte unsere condictio für die res singularis: die Herausgabe der Bereicherung Seitens des untitulirten Besitzers. Nur mit einem Unterschiede. Der Erbe kann den Kaufpreis, den der Besitzer durch Verkauf der erbschaftlichen Sache gewonnen hat, nicht erst dann begehren, wenn dieselbe vom Käufer usucapirt oder bei ihm untergegangen ist, sondern sofort, nur verzichtet er damit auf die Vindication der Sache gegen den dritten Besitzer (l. 25 §. 17 de her. pet. 5. 3), während die Juristen, wie oben (S. 306) nachgewiesen, es nicht gewagt haben, bei der condictio bis zu dieser letzten Consequenz der Bereicherungstheorie vorzugehen — Beweis genug, wie wenig sie selbst in einem Fall, wo praktisch die Verwirklichung dieser Consequenz nicht den geringsten Anstand haben konnte, der juristischen Bedenken, welche sich der Uebertragung eines auf eine Sache gerichteten Anspruches auf den Preis entgegenstellten (Nr. VI), gänzlich Herr zu werden vermochten.

Ich glaube, im Bisherigen die Beschränkung unserer condictio auf den gutgläubigen Besitzer ohne Autor innerlich gerechtfertigt und damit den Schein einer positiven Irregularität, den sie nach Windscheid vom Standpunkt der von mir verfochtenen Ansicht aus an sich tragen soll, beseitigt zu haben. Aber ich glaube, den Beweis meiner Auffassung noch in einer Weise vervollständigen zu können, die zugleich den

Vorzug glaubt beanspruchen zu können, eine Erscheinung des römischen Rechts, die meines Wissens eine Erklärung überhaupt noch nicht gefunden hat, ins richtige Licht zu setzen.

Es ist das Auftreten der reivind. utilis in Fällen, in denen sie lediglich die Function einer persönlichen Klage auf Herausgabe des Gewinns hat [1]), in denen also der Windscheid'schen Theorie zufolge die cond. sine causa hätte gegeben werden müssen.

Es sind dieß folgende Fälle.

Zuerst der der oben (S. 246) besprochenen l. 5 §. 3 de R. V. (6. 1): die reiv. utilis des früheren Eigenthümers eines von einem Andern in sein Grundstück gepflanzten und dort im Lauf der Zeit festgewachsenen Baumes. Daß sie nicht auf Herausnahme des Baumes selber, sondern nur auf Entrichtung des Werthes (und zwar desjenigen, den der Baum hatte, als er eingepflanzt ward, nicht desjenigen, den er jetzt hat) gerichtet werden kann, darüber herrscht kein Zweifel. Warum hier die reiv. utilis, warum nicht die ungleich näher liegende condictio sine causa? Etwa weil Varus und Nerva, welche nach Ulpian's Bericht in dieser Stelle diese Klage proponirten, letztere noch nicht kannten? Aber Ulpian kannte sie doch bereits; warum nannte er sie nicht? Der Leser wird meine Antwort errathen; die reivindicatio utilis sicherte dem Besitzer des Baums den Regreß gegen seinen Autor, sie ermöglichte die litis denunciatio, kurz sie brachte die Sache in den normalen Weg des Evictionsverfahrens, was die cond. sine causa nach unsern obigen Ausführungen nicht gethan haben würde.

Der zweite Fall ist der der oben (a. a. O.) berührten

---

1) S. meine Abhandlung über die reiv. utilis in diesen Jahrbüchern B. 1, S. 140. 141.

Verlag von J. Guttentag (D. Collin) in Berlin.
(Zu beziehen durch alle Buchhandlungen.)

Verfassung

des Deutschen Reichs.

Text-Ausgabe mit Ergänzungen, Anmerkungen und Sachregister.

Von

Dr. L. v. Rönne.

Dritte vermehrte Auflage.

Cartonnirt. Preis 80 Pf.

Das kleine vortreffliche Büchlein sollte im Besitz eines jeden Staatsbürgers sein; es bietet eine vollständige Uebersicht unserer Gesetzgebung und ist für Jeden, welcher sich für die Entwickelung derselben interessirt, unentbehrlich.

Verlag von **Baumgärtner's** Buchhandlung, **Leipzig.**

Preisermässigung.

Die nachstehenden Bücher unseres juristischen Verlages liefern wir von jetzt ab bis auf Widerruf, weshalb Interessirende diese äußerst günstige Gelegenheit nicht verabsäumen wollen, zu folgenden Ladenpreisen:

Kriegelii fratres, corpus juris civilis part. I—III. 15. Aufl. (bisher M. 21. —)

M. 12. —

Holzschuher, R., Die Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. 3 Bde. 3. Aufl. (bisher M. 30. —)

M. 12. —

Mayer, Dr. Sam., Rechte der Israeliten, Athener und Römer. Bd. 1 Oeffentliches Recht. Bd. 2 Privatrecht (bisher M. 14. 25.)

M. 9. —

Die vorstehenden Bücher sind durch jede Buchhandlung zu beziehen.

Druck von Ed. Frommann in Jena.



Druck von Ed. Frommann in Jena.

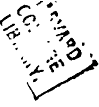





Inhalt.




Druck von Ed. Frommann in Jena.





Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Dr. Rudolf v. Jhering
Geh. Justizrath und Professor an der Universität in Göttingen
und **Dr. Joseph Unger.**

In Verbindung

mit

Otto Bähr,
Obertribunalsrath in Berlin
und
Agathon Wunderlich,
Mitglied des Oberappellationsgerichts zu Lübeck.

XVI. Band. 3. Heft.
Neue Folge IV. Band. 3. Heft.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer
vormals Friedr. Mauke.
1878.




VII.

Noch einmal über Mentalreservation und Simulation.

Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft.

Von
Dr. **Josef Kohler**,
Kreisgerichtsrath in Mannheim.

Meine Ausführungen über Mentalreservation und Simulation in diesen Jahrbüchern XVI S. 91 fg. haben mehrfache Anfechtung erfahren. Daß sie eine der tiefsten und praktisch bedeutsamsten Fragen, das Verhältniß zwischen Wille und Willensaktion berühren, legt in meinen Augen der Diskussion eine gesteigerte Tragweite bei, und ich hoffe, daß, was ich beigebracht habe, mindestens ein Ferment enthält, mit welchem sich die Wissenschaft abfinden muß, und dessen Verarbeitung zur Läuterung der wissenschaftlichen Erkenntniß beiträgt. Obgleich nun meine wohl in Bälde erscheinende Arbeit über den Error mir Gelegenheit genug gibt, diesem psychologisch wie rechtlich interessanten Verhältniß bis zur Wurzel nachzugehen und es in seinem feinsten Geäder zu verfolgen, so halte ich es doch für angemessen, an dieser Stelle nochmals für meine Lehre einzutreten und sie ex professo gegen die erhobenen Einwürfe zu vertheidigen.

Die Angriffe von Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 354 fg. beruhen auf so unbegreiflichen und auf der Hand

liegenden Mißverständnissen, daß ich jede Widerlegung für überflüssig, jede Diskussion hierüber für fruchtlos halten muß. Sofern dieselben überhaupt noch einer Erwiderung bedürfen, habe ich sie in meinem deutschen Patentrecht unter den Zusätzen S. 727. 728 gegeben, ich verweise hierauf und enthebe mich der undankbaren Aufgabe, auf eine solche Polemik zurückzukommen. Nur die eine Bemerkung: An dem, trotz mancher trefflichen Bemerkungen im Einzelnen, doch im Ganzen seichten und grundverfehlten Buche von Thon hat sich so recht gezeigt, wohin es führt, wenn die Rechtswissenschaft der Philosophie den Rücken kehrt und die wichtigsten philosophischen Probleme auf eigene Faust zu lösen versucht; daß dieser Schriftsteller meinen philosophisch-juristischen Ausführungen nicht gerecht wird, ist kaum zu verwundern. Dem gegenüber kann es nicht hoch genug angeschlagen werden, wenn ein Meister wie Jhering wieder neuestens mit zwingender Kraft auf die Bedeutung der Philosophie für die Rechtswissenschaft hingewiesen hat.

Den Anlaß zu diesen Zeilen gaben vielmehr die scharfsinnigen Angriffe, welche Windscheid in seiner so eben erschienenen Dekanatsschrift über Wille und Willenserklärung (Leipzig, Edelmann) gegen meine Position unternommen hat. Die Angriffe eines solchen Meisters haben immer die Wirkung, die Stärke der angegriffenen Position in unzweideutiger Weise zu erproben. Kann dieselbe nach einem solchen Angriffe noch gehalten werden, so hat derjenige, welcher sie behauptet, die untrügliche Garantie, daß sie gegen Angriffe überhaupt gesichert ist, daß es mindestens in den nächsten Jahrzehnden einem Andern nicht gelingen wird, was dem Meister nicht gelang.

Ich glaube nun, daß meine Position durch Windscheid's Angriff nicht erschüttert worden ist; wohl aber hat dieser Angriff die unausbleibliche Folge gehabt, daß ich mich nunmehr

genöthigt sehe, manchen etwas vernachlässigten Punkten derselben eine gesteigerte Bedeutung beizumessen und in ihnen meine Streitkräfte zu konzentriren, oder, um ohne Bild zu reden, einige Gedanken, welche früher nur in zweiter Linie standen, nunmehr in den Vordergrund zu stellen. Der Kern von Windscheid's Angriff liegt in folgenden Worten:

„Die Willenserklärung", sagt Kohler, „ist Willensaktion; es ist unmöglich, daß eine Willensaktion zugleich sei, und nicht sei; daß der Wille zugleich agire und nicht agire, ist „„ebenso unmöglich, als es ist, daß der Mörder zugleich seinen Streich führt und nicht führt"". Nichts kann richtiger sein als dieses. Aber die Frage ist ja eben die, ob bei der Mentalreservation eine Willensaktion stattfindet, d. h. eine Willensaktion in der Richtung auf Hervorbringung der in der Erklärung bezeichneten rechtlichen Wirkungen. Was bei der Mentalreservation ganz unzweifelhaft stattfindet, ist eine Willensaktion in der Richtung auf Hervorbringung der Erklärung. Hier paßt der Vergleich Kohler's. Wer mit Bewußtsein eine Erklärung abgibt, kann ebensowenig sagen, daß er die Erklärung nicht gewollt habe, wie der Mörder, welcher mit Bewußtsein den Streich führt, sagen kann, daß er den Streich nicht gewollt habe. Auch eine Willensaktion in der Richtung auf Hervorbringung der in der Erklärung bezeichneten rechtlichen Wirkungen, kann bei der Mentalreservation stattfinden. Aber damit sie wirklich stattfinde, ist erforderlich, daß der Urheber der Willenserklärung Bewußtsein davon habe, daß die Rechtsordnung trotz der Mentalreservation an seine Erklärung rechtliche Wirkungen anknüpft. Hat er dieses Bewußtsein nicht, so hat er eben nur die Erklärung gewollt, nicht auch die rechtlichen Folgen derselben." (Cit. Schrift S. 28. 29.)

Ja, wenn dies richtig ist, wenn der rechtsgeschäftliche Wille darin besteht, daß die Rechtsfolgen, daß die Rechtswir-

kungen des Rechtsgeschäfts gewollt sind, wenn derjenige Wille ein rechtsgeschäftlicher Wille nicht ist, welcher nicht auf die Erzeugung dieser Rechtsfolgen gerichtet ist, wenn das Recht sich zum Willen verhält, wie der Thon in der Hand des Töpfers und der Wille das Recht so figurirt, wie der Töpfer den Thon: dann gebe ich meine Position bereitwillig auf und lege besiegt dem Meister meine Waffen zu Füßen. Allein dies ist eben m. E. nicht richtig, dies ist vielmehr das πρῶτον ψεῦδος der gegentheiligen Lehre, dies der unscheinbare Rechenfehler im gegentheiligen Plan, an dem m. E. der ganze Angriff scheitern muß.

Ich gebe vollkommen zu, daß das Recht den individuellen Willen als einen der wichtigsten Faktoren der Rechtsbildung anerkennt, und daß es ein sehr gesunder Gedanke ist, wenn es dies thut. Jeder ist auch auf dem Gebiete des Rechts seines eigenen Glückes Schmied, und ein gesunder Rechtszustand verlangt es, daß die Individualität eines Jeden auch auf dem Gebiete des Rechts zur Geltung kommt. Jedem soll es nach seiner besten Erwägung, nach seinen Kräften und Anlagen gestattet sein, im Rechtsleben eine Rolle zu spielen und diejenigen Aenderungen des Rechtszustandes herbeizuführen, welche, wo thunlich, seinen leiblichen Bedürfnissen und seiner geistigen Richtung entsprechen. Auf dieser Möglichkeit beruht der ganze Verkehr, das ganze Getriebe der sozialen Mechanik, wie denn auch Ihering in seinem großartigen Werke über den Zweck im Recht (S. 101) es unumwunden ausspricht: „Die Kraft, welche das Räderwerk der menschlichen Gesellschaft bewegt, ist der menschliche Wille." Es gibt m. E. keine größere Verkehrtheit, als wenn man die positive rechtsschaffende Macht des rechtsgeschäftlichen Willens verkennt, und wenn man den rechtsgeschäftlichen Willen in gleiche Linie stellt mit dem deliktizischen Willen, gegen welchen das Recht in

negativer Weise reagirt, weil es ihn nicht haben will, während es dem rechtsgeschäftlichen Willen entspricht, weil es ihn haben will. Allein es ist eine falsche Darstellung dieses Verhältnisses, wenn man nunmehr den rechtsgeschäftlichen Willen in unmittelbaren Rapport zum Rechte bringen will, wenn man sagt, der rechtliche Effekt trete ein, weil ihn der Wille wolle, weil der Wille unmittelbar in den Mechanismus des Rechts eingreife. Das Recht sagt nicht: „Wolle einen Rechtseffekt und ich gebe ihn Dir", ein solches kausales Verhältniß besteht nun und nimmermehr, so sehr es uns auch neuere Schriftsteller, vergl. z. B. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 4 flg., glauben machen wollen. Man sehe zu, wie weit man mit einer solchen Auffassung kommt.

Tritt die Folge des Rechtsgeschäftes deshalb ein, weil sie gewollt ist und nur deshalb, weil sie gewollt ist, so darf diese Folge nicht eintreten, wenn sie nicht gewollt ist, jedenfalls dann nicht, wenn das Gegentheil gewollt ist. A. tritt in einem Lande des franz. oder gemeinen Rechts eine ihm angefallene Erbschaft an; er ist der in Deutschland viel verbreiteten und bekanntlich im sächs. Gesetzbuch [1]) sanktionirten Ansicht, daß der Erbe nicht ultra vires hafte; er will nur diese Haftung und tritt die Erbschaft nur an, indem er diese beschränkte Haftung will, und indem er glaubt, daß nur diese beschränkte Haftung mit dem Erbschaftsantritt verbunden ist: wird irgend ein Richter annehmen, daß die Wirkungen des Erbschaftsantritts nur soweit gehen, als sie gewollt sind, daß daher im vorliegenden Falle nur eine Haftung eintritt, soweit die Erbschaft reicht? Dann müßte man sich für Jedermanns Auffassung einen besondern Erbschaftsantritt zurecht legen.

Oder A. schließt mit B. einen mündlichen Miethvertrag

1) §. 2328.

ab. Er ist der festen Ueberzeugung, und auch diese Ueberzeugung ist im Volke viel verbreitet, daß der Vertrag so lange keine Rechtsfolgen erzeugt, als nicht etwas Schriftliches darüber aufgenommen ist. Er ist, eben weil er dieser Ueberzeugung ist, auch nicht willens, daß das Versprechen, das er abgibt, eine rechtlich bindende Wirkung erzeuge: Sollte man auf Grund dessen — und solche Fälle kommen nicht selten vor, und sie kommen vor ohne jede mala fides des Promittenten — an der bindenden Kraft des Versprechens zweifeln?

Oder zwei Theile schließen einen Kaufvertrag ab; der eine Theil, oder auch beide sind der Ansicht, daß die Gefahr erst mit der Uebergabe der Sache eintritt; es ist sicher erweislich, daß sie dies als die eventuelle Folge des Kaufgeschäftes gedacht, und wie sie es gedacht, auch gewollt haben; und nichtsdestoweniger haben sie nur gesagt: „ich kaufe", „ich verkaufe", sie haben den Gefahrsübergang nicht erwähnt, weil sie ihn für selbstverständlich hielten: kein Richter des gemeinen oder franz. Rechts wird zweifeln, daß trotzdem die Gefahr nach dem Gesetze, also sofort mit der Perfektion des Kaufgeschäfts eintritt. Man sage nicht, es handle sich hier um einen nicht ausgesprochenen Willen, vielmehr handelt es sich um den ausgesprochenen Willen zu kaufen und zu verkaufen, und wenn in Folge dieses Willens die gewollten und nur die gewollten Rechtswirkungen eintreten würden, so würden auch die Rechtswirkungen des Gefahrsübergangs so eintreten, wie sie gewollt sind [1]).

---

1) Man vergl. auch Windscheid cit. Schrift S. 38. Eine eigenthümliche Wendung findet sich bei Karlowa, Rechtsgeschäft S. 177: „Der einzelne Laie, der das betreffende zusammengesetzte Rechtsgeschäft vornimmt, wird sich nicht immer klar zum Bewußtsein bringen, was das Recht ihn wollen läßt. Recht und Rechtswissenschaft denken für ihn, und bringen in begriffsmäßige, juristische Gestalt, was von ihm unvollkommen, in nicht juristisch technischer Fassung gedacht und

Oder endlich ein Beispiel aus dem ächt römischen Recht: A setzt den B zum alleinigen Erben ein auf $^1/_2$; er spricht den festen Willen aus, daß B nicht mehr erhalten solle als $^1/_2$; nichtsdestoweniger erhält B das Ganze, §. 5 J. de hered. instit.

Noch weitere derartige Beispiele habe ich in meiner cit. Abhandlung S. 106—108 erwähnt. Allerdings mehr nebensächlich und in Auslegung des fr. 19 de usu et usufr.; wohl aber deutlich genug, um zu zeigen, daß ich hier nicht etwas ausführe, was von meiner früheren Ansicht abweicht, daß ich die gleiche Position wie dort behaupte und nur von Neuem schirme.

Verhehlen wir uns nicht: die ganze Lehre von dem unmittelbaren Rapport zwischen Wille und Rechtseffekt muß aufgegeben werden. Die obigen Beispiele zeigen genug, in welchen Abgrund die Lehre führt; schwerlich wird Jemand ihr in alle Konsequenzen folgen mögen. In der That, das Recht sagt nicht: „Wähle Dir einen Rechtseffekt, ich gewähre ihn Dir", sondern es sagt: „Ich schreibe gewissen Akten einen Rechtseffekt zu und überlasse es Deinem freien Willen, ob Du diese Akte wählen willst, oder nicht; Du kannst Dich darnach benehmen." Insofern hängt daher immerhin der Rechtseffekt gewissermaßen mit dem Willen zusammen, aber nicht so, als ob er gewollt wäre, oder gewollt sein müßte, sondern so, daß der Wille einen bestimmten Akt wollen muß, welcher sodann den Rechtseffekt aus sich vi legis erzeugt, wobei das wollende Individuum diesen Rechtseffekt mit mehr oder minderer Sicherheit voraussehen, und sich darnach für oder gegen den Akt entscheiden kann. Daher habe ich schon in meiner Abhandlung S. 106 gesagt, daß der Rechtseffekt vi legis und

gewollt ist." D. h. wo der Wille nicht ausreicht, wird zur Fiktion gegriffen.

nicht vi voluntatis erfolge, und dasselbe meint wohl auch Ulpian, wenn er sagt: Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur, fr. 130 V. S. Allerdings gibt sich daher das Recht in die Gewalt des Menschen, aber nicht, weil dieser den Rechtseffekt wollen kann, sondern weil er den Akt wollen kann, welcher den Rechtseffekt erzeugt.

Daraus folgt, daß es völlig unerheblich ist, ob die Rechtsfolgen gewollt sind, oder nicht; erheblich ist nur, ob der Akt gewollt ist, welcher die Rechtsfolgen bewirkt, und welcher sie unaufhaltsam bewirkt, mag auch der Zauberlehrling noch so laut klagen, daß er die Geister, die er rief, nimmer bannen kann. Du kannst Eisenbahn fahren oder nicht fahren, das steht in Deinem Willen; willst Du aber fahren, so kannst Du es nicht durch eigene Kraft, sondern nur durch die Kraft des motorischen Mechanismus; Du gibst Dich dieser Kraft unterthan, auch über Deine Voraussehung hinaus; Du glaubtest am nächsten Orte eine Haltestation zu finden und der Zug trägt Dich unaufhaltsam weiter. Du kannst den Pfeil abschießen oder nicht abschießen, das steht in Deiner Gewalt: der Pfeil aber, den Du abschießest, fliegt nicht durch Deine Gewalt, sondern durch des Bogens Gewalt, und vielleicht weiter, als es Dein Vorsatz war. Ganz so verhält es sich mit dem Recht: Du kannst den Rechtsakt wollen oder nicht wollen; willst Du aber den Rechtsakt, so bist Du nicht mehr Herr seiner Folgen, sie treten selbst dann ein, wenn Du gar nicht an sie gedacht hast. Davon hat auch das Publikum ein ganz richtiges Gefühl; der vorsichtige Geschäftsmann erholt sich vor jedem wichtigern Rechtsgeschäfte bei seinem Juristen Raths und befragt ihn über die rechtlichen Folgen, welche dasselbe herbeiführt; keine Frage ist bei derartigen Konsultationen häu-

figer, als die, ob man sich durch das Geschäft nichts vergebe, ob man damit keine unvorhergesehene Verbindlichkeit übernehme u. s. w. Wozu alles dieses, wenn das Recht der Sklave des Willens wäre, wenn es nur diejenigen Rechtsfolgen produzirte, welche der Wille produziren will?

Der rechtsgeschäftliche Wille ist daher nicht der auf die Rechtsfolgen gerichtete Wille, als welcher ohne jede rechtliche Kraft und Wirksamkeit wäre; sondern er ist der auf den Vollzug des Rechtsakts gerichtete Wille; die Willensaktion ist nicht die Manifestation des die Rechtsfolgen wollenden Willens, sondern die Manifestation des den Rechtsakt wollenden Willens; die Lehre vom Rechtsgeschäft ist nicht die Lehre von den Rechtsveränderungen, welche gewollt sein können, sondern die Lehre von den Rechtsakten, welche gewollt sein können, und von den rechtlichen Folgen, welche dieselbe herbeiführen. Welches diese verschiedenen Rechtsakte sind, dies auszuführen ist Sache des Rechtssystems, nicht der Detailstudie. Nur einzelne Andeutungen mögen hier folgen, um meinen Gedanken ein möglichstes Relief zu geben. Oftmals besteht der Rechtsakt in der Herbeiführung eines Natureffektes, man denke an Besitzergreifung, an Spezifikation; oftmals in der Erzeugung eines objektiven immateriellen Gutes, man denke an das Urheberrecht, das Musterrecht, das Erfinderrecht [1]); zumeist aber, und dies

1) Die Immaterialgüter. Ich kann es mir nicht versagen, auf die gegen meine Lehre vom Immaterialgüterrecht erhobenen Angriffe Dahn's in der Münchner krit. V.-Schr. N. F. I S. 361 fg. mit einem Worte zu antworten. Wenn ich das Immaterialgüterrecht wie das Eigenthum auf die Arbeit, auf die Erzeugung der Güter basire, weil das Rechtssubjekt seine schöpferische Kraft in die Sache legt und diese mit einem Theil seines Wesens erfüllt, so glaubt Dahn (S. 363), daß aus so feinen Reflexionen keine Rechtssätze entstehen, am wenigsten in der Zeit der Vorkultur, wo Besitzschutz und Eigenthum sich bilden. Damit hat Dahn völlig verkannt, daß die tiefsten Gedanken, welche erst nach Jahrtausenden

ist die Willenserklärung κατ᾽ ἐξοχήν, in der Erzeugung eines Geisteseffektes, eines geistigen Eindrucks, sei es auf einen bestimmten Andern, sei es auf das Publikum. Was ist die Vertragsofferte anders, als eine Einwirkung von Geist auf Geist durch eines der für den geistigen Verkehr bestimmten Kommunikationsmittel? Worin besteht das Versprechen anders, als darin, daß ich in dem Geist eines Andern den Eindruck eines das künftige Thun Versichernden hervorrufe? Was ist Kauf, Verkauf anders, als die beiderseitige Aktion von Geist auf Geist, worin der Eine sich dem Andern als Kaufenden, der Andere als Verkaufenden, der Eine als einen die Waare, der Andere als einen das Geld Leistenden darstellt?

Damit habe ich zum Voraus einem Mißverständniß vorgebeugt, welches ich voraus sehe. Nicht die Worte sind es, nicht die Schallwellen, denen ich eine derartige fast mystische Kraft zuschreibe, sondern die geistige Erklärung ist es, die geistige Einwirkung, welche nur deshalb durch das Medium sinnlicher Zeichen geschieht, weil ein unmittelbarer Rapport von Geist zu Geist nicht existirt; daher z. B. in dem

---

zum Bewußtsein zu kommen pflegen, von Urzeiten her instinktiv gefühlt und geübt worden sind. Die menschliche Sprache enthält die tiefste Philosophie, obgleich die Pfahlbautenbewohner nicht philosophirt haben, und ebenso haben Staaten schon lange bestanden und Recht geübt, und man hat schon lange die Vernunftnothwendigkeit dieser Institute gefühlt, bevor man darüber reflektirt hat. Ueber den wahren metaphysischen Grund des Strafrechts wird uns wohl erst ein künftiger Philosophe eine völlig erschöpfende Antwort geben, und doch ist jeder davon überzeugt, daß die Strafe ein Postulat der Gerechtigkeit ist. „Was kein Verstand der Verständigen sieht, das übet in Einfalt ein kindlich Gemüth". Man vergl. hierüber die geistvollen Ausführungen in Hartmann's Philosophie des Unbewußten.

Meine Lehre widerstreitet daher nicht, wie Dahn behauptet, der geschichtlichen Methode, vielmehr beruht der Dahn'sche Vorwurf auf einer Verkennung der tiefsten und wichtigsten Prozesse der Weltgeschichte.

Falle des error, wo zwar die Worte, nicht aber der Sinn der Worte gewollt ist, eine rechtsgeschäftliche Willensaktion sich nicht vollzieht.

Von diesem Standpunkt aus können wir auch auf das erwidern, was Windscheid über die Willenserklärung ausgeführt hat; es freut mich, daß der große Rechtslehrer für die meines Wissens zuerst von mir mit der nöthigen Energie verfochtene Wahrheit von der Einheit des Willenserklärungsaktes rückhaltslos eingetreten ist, und es freut mich um so mehr, da er, wie ich, hierin einen der erheblichsten Fortschritte in der tiefern Erfassung des Willensaktes erblickt. Allein zu gleicher Zeit ist dieser richtigen Auffassung bei Windscheid eine Färbung gegeben, welche die Wahrheit m. E. erheblich trübt. Windscheid sagt nämlich von der Willenserklärung (S. 7): „Sie ist mehr als Mittheilung des Willens, sie ist der Ausdruck des Willens. Sie ist der Wille in seiner sinnenfälligen Erscheinung. In der Willenserklärung wird nicht blos der auf Setzung der sinnlich wahrnehmbaren Zeichen gerichtete Wille verwirklicht, sondern zugleich der auf die Hervorbringung der rechtlichen Wirkungen gerichtete Wille. Zunächst zwar wird der auf Setzen der sinnlich wahrnehmbaren Zeichen gerichtete Wille verwirklicht; aber der diesen Willen Verwirklichende weiß, daß die Rechtsordnung aus den von ihm gesetzten Zeichen bestimmte Folgen hervorgehen läßt, und deßwegen verwirklicht er auch den auf diese Folgen gerichteten Willen."

Allein diese Antithese: der auf die Rechtsfolgen gerichtete Wille und der auf die äußeren Zeichen gerichtete Wille ist m. E. nicht die richtige; sondern überall, wo es sich um die Erzeugung eines Geisteseffekts handelt, also in den hauptsächlichsten Fällen der Rechtsgeschäfte, können wir eine dreifache Klimax oder Antiklimax aufstellen: 1) den auf die Rechtsfolgen gerichteten Willen, 2) den auf den Geisteseffekt gerichteten

Willen, 3) den auf die äußeren Kommunikationszeichen gerichteten Willen [1]). Von diesen drei Sprossen der Leiter gehört der Wille Nr. 1 nicht zum rechtsgeschäftlichen Willen, sondern er ist höchstens das Motiv eines solchen, daher er auch nicht die dominirende Stellung einnimmt, welche ihm Windscheid zuweist. Will man, Windscheiden folgend, mit dem rechtsgeschäftlichen Willen den deliktizischen in Parallele setzen, so muß die entsprechende deliktizische Antiklimax so lauten: 1) der auf die rechtlichen Folgen des Deliktes gerichtete Wille (ein nicht seltener Fall, wenn sich der Verbrecher im Gefängniß eine unentgeltliche Unterkunft sucht), 2) der auf den entsprechenden rechtsverletzenden Erfolg gerichtete Wille (also etwa der Wille zu tödten) [2]), 3) der auf den Vollzug der Verwirklichungsmittel gerichtete Wille (also etwa der Wille, die Giftstoffe beizubringen). Hiervon entspricht Nr. 2 ganz genau der Nr. 2 des rechtsgeschäftlichen Willens, nämlich dem auf die Erzielung eines Geisteseffektes gerichteten Willen, ebenso Nr. 3 der Nr. 3 des rechtsgeschäftlichen Willens, also dem auf die „Setzung der sinnlich wahrnehmbaren Zeichen" gerichteten Willen. Der Wille Nr. 1 hat nicht die geringste rechtliche Bedeutung, im Falle des Deliktes sowohl, wie im Falle des Rechtsgeschäftes. Daß der metaphysische Grund der Rechtsfolgen in beiden Fällen ein völlig verschiedener ist, daß bei dem Rechtsgeschäft in der Regel auch die Rechtsfolgen gewollt sind, bei dem Delikt nur in Ausnahmsfällen, kommt bei dieser Frage nicht in Betracht; denn der Mechanismus, welcher an die Verwirklichung des zu Nr. 2

1) Den Willen Nr. 3 nenne ich den Ausführungswillen, den Willen Nr. 2 den Grundwillen. Wichtige Konsequenzen werde ich aus der Unterscheidung zwischen Grund- und Ausführungswillen in meinem Error ziehen.

2) Die verbrecherische Absicht, s. darüber die Ausführungen in meinem Patentrecht S. 526 ff.

genannten Willens die Rechtsfolgen knüpft, ist ganz der gleiche: das Recht will mit der Vollziehung dieses Willens gewisse Rechtsfolgen verbinden; aus welchen Gründen, berührt unsere Frage nicht.

Es ist daher nicht richtig, wenn Windscheid den deliktizischen Willen Nr. 2 in Parallele setzt mit dem rechtsgeschäftlichen Willen Nr. 1; wenn er der auf die Rechtsfolgen gerichteten Absicht die dominirende Rolle zuschreibt, wie etwa bei dem Tödtungsdelikte der Absicht zu tödten: vielmehr korrespondirt der Absicht zu tödten beim Rechtsgeschäft die Absicht auf den Geisteseffekt in der Seele des Andern — was um so klarer liegt, wenn man an Stelle des Tödtungsdeliktes ein anderes Delikt setzt, welches nicht auf die Erzeugung eines Natureffektes, sondern gleichfalls auf die Erzeugung eines Geisteseffektes gerichtet ist, etwa das Delikt der Beleidigung, dessen Wesen darin besteht, daß in einem Andern eine verächtliche Vorstellung von einer Person erweckt wird.

Wäre die Annahme Windscheid's richtig, daß der auf die Rechtsfolge gerichtete Wille das Rechtsgeschäft dominirte, so müßte das Rechtsgeschäft überall da scheitern, wo es an diesem dominirenden Willen fehlt; und wir kämen zu den Resultaten, die wir oben verworfen haben und die wir verwerfen mußten: Wer die Erbschaft antritt und dabei die unbeschränkte Schuldenhaftung nicht will, verwirklicht nicht den auf die unbeschränkte Haftung gerichteten Willen; wer heirathet und die ehelichen Güterfolgen nicht will, verwirklicht nicht den auf die Güterfolgen gerichteten Willen; die Braut, die nicht weiß, daß die Ehe eine Beschränkung ihrer rechtlichen Handlungsfähigkeit herbeiführt, verwirklicht in dem Eheschließungsakte keinen auf diese Beschränkung gerichteten Willen. Dies ist dann um so sicherer, wenn von Seiten des Kontrahenten nicht ein bloßes Nichtwissen oder Nichtdarandenken vorliegt, sondern wenn er

positiv eine entgegengesetzte Vorstellung von den Rechtsfolgen hegt und positiv diese anderen Rechtsfolgen will.

Ich glaube nicht, daß man die bekämpfte Anschauung etwa durch die Wendung zu halten versucht, daß man sagt: der Kontrahent weiß, daß mit dem Geschäfte rechtliche Folgen verbunden sind, ergo will er dieselben, und er will gerade die vom Gesetze darauf gesetzten Folgen tels quels, sollten sie mit seiner Vorstellung harmoniren oder nicht. Dies wäre ein offenbarer Fehlschluß: wer etwas will, will nicht auch die ihm unbekannten Konsequenzen. Sonst müßte man auch annehmen, daß der Verbrecher, welcher das Verbrechen will, seine Bestrafung wolle oder mindestens wolle, daß eine Strafbefugniß des Staates gegen ihn entsteht; daß der Verbrecher, welcher sich durch einen Akt selbst entdeckt, seine Entdeckung wolle u. s. w.

Nach diesen Ausführungen dürfte die Richtigkeit meiner Lehre von der Mentalreservation keinem Zweifel mehr unterliegen. Auch Windscheid nimmt an, daß im Falle der Mentalreservation der Erklärende die Erklärung will, und daß es unmöglich ist, daß Jemand zugleich eine Erklärung abgeben will und nicht abgeben will (S. 28). Nun besteht aber, wie gezeigt, der rechtsgeschäftliche Wille darin und nur darin, daß die Erklärung gewollt ist; mithin ist der rechtsgeschäftliche Wille im Fall der Mentalreservation vollkommen vorhanden und vollkommen zum Ausdrucke gekommen: nur daß eben diese Erklärung nicht im materiellen Sinne der bloßen Setzung äußerer Zeichen, sondern in dem geistigen Sinne des durch diese sinnlichen Zeichen in dem Geiste des Andern zu bewirkenden Geisteseffektes zu verstehen ist; mindestens überall da, wo der Rechtsakt nicht in einem Natureffekt, sondern in einem Geisteseffekt besteht. Diesen Geisteseffekt will der Erklärende bei der Mentalreservation ganz entschieden, er will sich dem Andern als einen Versprechenden, als einen Kaufenden, Verkaufenden, als einen Heirathenden, als

einen Adoptirenden darstellen, und da er dies nicht zugleich wollen und zugleich nicht wollen kann, so liegt in der Mentalreservation der von mir aufgedeckte logische Widerspruch. Wenn der Erklärende die Rechtsfolgen nicht will, wenn er sich in seinem Innern gegen die Rechtsfolgen sträubt, so ist dies, wie gezeigt, völlig unerheblich; das Wollen der Rechtsfolgen gehört nicht zum Rechtsgeschäft, diesem Wollen wohnt keine rechtsschaffende Kraft inne, es kann nur das Motiv sein für ein rechtsgeschäftliches, rechtsschaffendes Wollen, für das Wollen des Rechtsaktes, für das Wollen des Geisteseffektes, für das Wollen der Erklärung.

Somit glaube ich meine Position gegen den Angriff des Meisters behauptet zu haben, und auch der Meister wird dies zugestehen, sobald er sich von der Unrichtigkeit der herrschenden Lehre über den rechtsgeschäftlichen Willen überzeugt und das unpassende Element des auf die Rechtsfolgen gerichteten Willens eliminirt hat.

Noch muß ich auf einen Punkt näher eingehen, auf den Beweis, den ich aus der Lehre vom Zwang geschöpft habe. Ich habe ausgeführt, daß, wenn die Mentalreservation nur wegen ihrer ethischen Verwerflichkeit außer Berücksichtigung bliebe, sie überall da berücksichtigt werden müßte, wo sie nicht verwerflich ist, also insbesondere als Mittel der Selbstvertheidigung gegen einen rechtswidrigen Angriff. Dies gibt Windscheid zu, er bemerkt aber, daß nicht in allen Fällen des Zwanges eine Mentalreservation vorliege; vielmehr müsse „bis auf Weiteres dabei stehen geblieben werden, daß das als gewollt Erklärte auch gewollt sei, daß der Erklärende sich durch den Zwang zum Wollen habe bestimmen lassen und nicht bloß zur Erklärung". Es wird nun allerdings Fälle geben, wo der Gezwungene auch die Rechtsfolgen will, wie z. B. in den Ländern ungenügenden Polizeischutzes, wo die Bettler oder Verbrecher eigene Asso-

ziationen bilden und die Besitzenden ihre Sicherheit durch regelmäßige an diese Assoziationen zu entrichtende Geldleistungen erkaufen; hier liegt eine Art von Leistung und Gegenleistung vor, und der Leistende wird den Eigenthumsübergang des bezahlten Geldes ebenso wollen, wie er seine Rechtssicherheit will. Das sind aber Ausnahmsfälle. Wer dagegen in einem Walde von einem Lumpen attakirt seinen Beutel preisgibt, hat schwerlich viele Lust, den Lumpen zum Eigenthümer zu machen. Die Probe ist nicht schwer; man setze nur den Fall, daß der Lump zufällig den Beutel verliert und der Beraubte ihn einige Augenblicke später am Orte der That wieder findet. Wer, wenn er nicht ein Rechtsgelehrter ist, wird der Meinung sein, daß er das Eigenthum auf jenen Lumpen übertragen habe, und daß, wenn er den Beutel wieder einsteckt, er fremdes Eigenthum an sich nimmt, er einem früheren Eigenthumsübertragungswillen widerspricht? Und ebenso wird der Gefängnißbeamte, welcher von ein paar handfesten Gesellen mit dem Tode bedroht, eine Urkunde ausstellt, worin er ihnen die Freiheit verspricht, niemals glauben, daß er einer von ihm gewollten Verpflichtung zuwiderhandle, wenn er diese Gesellen hernach recht tüchtig hinter Schloß und Riegel steckt. Der Gezwungene will die Erklärung, er will den Geisteseffekt, er vollzieht eine rechtsgeschäftliche Willensaktion, coactus voluit, Ihering, Zweck im Recht S. 16 fg., allein er will nicht die Rechtsfolgen, er sträubt sich gegen dieselben.

Ist es aber der gewöhnliche Fall, daß der Gezwungene nur die Erklärung, nicht auch die Rechtsfolgen will, daß also eine Mentalreservation im Sinne Windscheid's vorliegt, so wäre es doch sehr zu verwundern, daß weder Ulpian noch Paulus da, wo sie ex professo vom Zwange sprechen (Beide im 11. Buch ihres Ediktskommentars vergl. Rudorff de juris dictione edictum §. 38), dieses Falles gedenken und uns nur in fr. 6

§. 7 de adq. vel amitt. hered. eine versteckte Andeutung geblieben wäre. Ich habe in meiner Abhandlung nach dem Vorgange Schloßmann's das fallens dieser Stelle im Sinne von latens, λαθών gedeutet; ich bin nunmehr in der Lage, den dort gegebenen Belegen über die Bedeutung des fallere eine ganze Reihe weiterer Belege beizufügen. In dieser Bedeutung findet sich fallo bei Livius VII 35: et silentio incautos fallentes, VII 36: quoniam non fallerent, VIII 38: nec tamen fallere propter propinquitatem castrorum possunt, X 14: igitur non fefellere ad Tifernum hostes in occulta valle instructi, XXIII 19: eo custodias hostium fallebant — ne quid falleret Volturno ad urbem missum, XXVIII 8: haud fefellit Aetolos, XXVIII 41: quid periculi tandem quantum adeatur, quem fallit? XXX 31: non me fallebat Hannibal, XXXIII 47: unum Hannibalem se peti ab Romanis non fallebat, XXXIII 48: quum primum fallendi eos qui in portu erant, tempus habuit, XXXVI 6: neminem, quid ageretur, fallebat, XXXVI 34: utrum fefellit, inquit, te, M. Acili, quid agatur, XXXVIII 7: non solum sub terra fodientes, sed egerentes etiam humum fefellere hostem, XXXX 14: quomodo fefellissent et alieni et mei et maxime suspecti, XXXX 21: non fallebat Demetrium, ablegari se, ne adesset consilium, XXXXI 2: nec quicquam eos, quae terra marique ageretur, fallebat, XXXXII 16: quae postea non fefellere Eumenem, XXXXII 64: atque ita media nocte profectus est, ut prima luce adgressus falleret, XXXXIV 6: quod, ut furto fefellerant, ita propalam, tenentibus superiora cacumina hostibus, non poterant, XXXXIV 11: fallere autem ita se posse, si muros a parte alia scalis adortus tumultu injecto in custodiam ejus loci propugnatores urbis avertissent, XXXXIV 29: sed vecti nocte binis aut

ternis plerumque lembis Macedones fallebant, XXXXIV 39: nunc, cum in cervicibus sumus, nec fallere nos interdiu aut nocte abeundo potest. Es findet sich ferner bei Cicero pro Roscio Amerino c. 22 §. 61: Quae, quoniam te fefellerunt, Eruci; bei Suetonius, Div. Jul. c. 43: submissis nonnunquam lictoribus atque militibus, qui, si quae custodes fefellissent, jam adposita e triclinio auferrent; bei Curtius Rufus, ed. Foss. IV c. 10.

Daß die Differenz in der Auffassung der Mentalreservation keine bloß theoretische ist, sondern daß sie die wichtigsten praktischen Konsequenzen mit sich führt, hat uns die Lehre vom Zwang gezeigt. Allein dies ist nicht die einzige praktische Seite. Ich habe in meiner Abhandlung dargethan, daß es mit der Mentalreservation vollkommen verträglich ist, wenn der Erklärende die gegentheilige Willensrichtung einem Dritten kundgibt, nämlich einem solchen, welcher nicht der Adressat der Willenserklärung ist; ich habe diese auf dem Gebiete des Erfinderrechts hochwichtige Seite in meinem deutschen Patentrecht S. 61. 62 entwickelt und ich beziehe mich darauf, sowie auf die dort angeführten Stellen von Donellus, de jure civ. V 10 nr. 6 und Ihering, Jahrbuch I S. 334. Aber auch auf dem Gebiete der Vollmacht und des jussus ist diese Art der Mentalreservation sehr geläufig, indem hier die Willenserklärung meistentheils durch eine, dem Dritten vorzuweisende schriftliche Vollmacht oder durch eine publike Ankündigung zu erfolgen pflegt, während der Vollmachtgeber irgend einem Andern, gewöhnlich dem Bevollmächtigten selbst, eine Erklärung abgibt, welche mit dieser Vollmacht im Widerspruch steht, insbesondere die allgemeinere Fassung dieser Vollmacht in manchen Beziehungen beschränkt. Soll dies so gemeint sein, daß die Vollmacht nur in diesem beschränkten Maße gelten soll, so liegt lediglich Mentalreser-

vation vor, welche die Wirksamkeit der an den Dritten oder an das Publikum gerichteten Willenserklärung in keiner Weise abschwächt, vergl. meine Abh. S. 118. 119.

Dies ist nicht die Ansicht Windscheid's und kann nicht die Ansicht Windscheid's sein; denn ihm gilt als unwirksame Mentalreservation nur ein Widerspruch, welcher zum Zweck der Täuschung geschieht, und er erklärt ihre Unwirksamkeit mit ihrer ethischen Verwerflichkeit: weil man sich nicht auf eine Lüge berufen dürfe. Daher unterscheidet Windscheid hier sehr konsequent zwischen dem Fall, wo der Widerspruch zwischen Vollmacht und Instruktion aus Arglist erfolgt, dem Falle der Mentalreservation in seinem Sinne, und dem Falle, wo der Vollmachtgeber, „wenn auch vielleicht unüberlegter Weise, doch in gutem Glauben der ausgestellten allgemeinen Vollmacht eine beschränkende mündliche Instruktion hinzufügt.“ „Dann aber“, fährt er fort, „sehe ich auch keinen Grund ein, weswegen der von dem Bevollmächtigten gegen die Instruktion abgeschlossene Vertrag für den Aussteller der Vollmacht verbindlich sein sollte; er ist doch eben nicht mit seinem Willen abgeschlossen worden, und die Behauptung, daß er dennoch an denselben gebunden sei, weil der andere Kontrahent habe annehmen müssen, daß der Vertrag mit seinem Willen abgeschlossen werde, ist eben — Behauptung.“ Diese Konsequenz Windscheid's scheint mir nicht zulässig zu sein, sie führt m. E. zum Ruin des gutgläubigen Verkehrs. Mag man auch dieser Instanz weniger Gewicht beilegen, als ich es thue, so dürfen doch die großen Gefahren, welche gerade die Bevollmächtigung mit sich führt, nicht außer Betracht bleiben, wie ich sie in meinem Patentrecht S. 549 geschildert habe: „So wohlthätig und heilsam dies Institut ist, so hat es seine bedeutende Schattenseite, sofern es durch die Unvollkommenheit der gewöhnlichen Sprechweise des Ver-

kehrs die Rechtsunsicherheit in sehr erheblichem Maße fördert; daher sich die Gesetzgebung zu verschiedenen Malen veranlaßt gesehen hat, den Umfang der Vollmacht gesetzlich zu fixiren." Ich verweise auf die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über den Prokuristen, den offenen Gesellschafter, den Vorstand eines Aktienvereins. Mit diesen gesetzlichen Antezedentien stünde es in schreiendem Widerspruch, würde man auf diesem möglichst sauber zu haltenden Gebiete einen internen Gegenwillen gelten lassen, welcher nichts Anderes ist, als eine Mentalreservation, als ein Zwiespalt zwischen dem internen Willen und dem geäußerten Willen, und es wäre dies um so unheilvoller, als in den meisten Fällen ohne alle Arglist, meist in dem gerechtfertigten Bestreben, seine Verhältnisse dem Gegentheil nicht offen zu legen, eine allgemeine Vollmacht neben beschränkenden geheimen Instruktionen ausgestellt zu werden pflegt; so daß dies der gerade Weg wäre, alle Vortheile aufzugeben, welche die Rechtswissenschaft und die Praxis der saubern Scheidung zwischen Vollmacht und Mandat verdanken. Weit entfernt, die Vollmacht zu alteriren, kann die Geheiminstruktion, mag sie lauten, wie sie wolle, nur auf das Mandatsverhältniß zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten einwirken, vergl. mein Patentrecht S. 133. Daß meine Theorie mit diesen dringenden Postulaten des Lebens im Einklang steht, wird als weiterer Beweis für ihre Richtigkeit dienen.

Ich verlasse die Polemik gegen den großen Meister, wobei ich nur wünsche, daß dieselbe soviel zur Belehrung und wissenschaftlichen Läuterung beitrage, wie die Polemik des Meisters gegen mich, und benütze diese Gelegenheit, um in freier Weise einige Zusätze zu meiner Abhandlung mit einfließen zu lassen.

Die Frage über das Verhältniß der Mentalreservation zu dem kausirenden Willen ist keine neue, sie ist schon vor

mir der Gegenstand vielfacher Debatten und scharfsinniger Untersuchungen gewesen; allerdings nicht auf dem Gebiete des Rechts — denn hier schreibe ich mir das Verdienst der Priorität des Richtigen unbedingt zu — wohl aber auf einem Gebiete, welches an Forschungen über das Seelenleben sehr reich ist, auf dem Gebiete der Theologie. Ich meine die Intentionslehre bei den Sakramenten. Ob und welche Absicht dem Spender des Sakramentes innewohnen muß, ob es genügt, wenn derselbe den Ritus will, oder wenn derselbe die Einwirkung auf die geistige Apperzeption des Empfängers will, oder ob es nöthig ist, daß derselbe die sakramentalen Wirkungen will, und ob das Sakrament ungültig gespendet ist, wenn der Spender in seinem Innern dem Sakramente und den sakramentalen Wirkungen widerstrebt, ist von jeher eine der berühmtesten Fragen der Theologie gewesen. Man vergl. Richter-Dove, Kirchenrecht S. 722, Steitz in Herzog's Realencyclopädie für practische Theologie XIII S. 255 flg., Nitzsch gesammelte Abhandlungen I S. 251. Auf die vielfachen, mitunter äußerst scharfsinnigen Erörterungen der Scholastiker würde ich gerne eingehen, wenn sie vollkommen für unsern Zweck verwerthet werden könnten; allein auf diesen Gebieten der theologischen Spekulation, welche in das Uebernatürliche greifen, kommen vielfach Gesichtspunkte zur Sprache, welche für die profanen Rechtsgeschäfte nicht zutreffen und daher in unserer Lehre irreführen könnten; daher ich es bei dieser Andeutung bewenden lasse. Doch ist es immerhin auch für unsere Frage bemerkenswerth, wenn Thomas von Aquin in seiner Summa theol. P. III qu. 64 art. 8 §. 2 die Idee aufwirft: Non potest homini esse nota intentio alterius. Si igitur intentio ministri requiratur ad perfectionem sacramenti, non posset homini ad sacramentum accedenti notum esse, quod sacramentum suscipiunt, et ita non

posset habere certitudinem salutis — und wenn er dann in concl. 10 unter Verwerfung einer gegentheiligen Ansicht fortfährt: Et ideo alii melius dicunt, quod minister sacramenti agit in persona totius Ecclesiae, cujus est minister. In verbis autem, quae profert, exprimitur intentio Ecclesiae, quae sufficit ad perfectionem sacramenti, nisi contrarium externis exprimatur ex parte ministri vel recipientis sacramentum (Lugdun. 1738 III p. 156)[1]).

Ich gehe auf das über, was ich in meiner Abhandlung über die Eheschließung ausgeführt habe; ich habe dort bemerkt, daß, wo die Eheschließung nicht nur ein Akt unter den Parteien, sondern ein Akt vor der Oeffentlichkeit ist, nur dasjenige als Willensakt rechtlich in Betracht kommen kann, was vor der Oeffentlichkeit vorgegangen ist; daher ein auch unter beiden Theilen konzertirtes geheimes gegentheiliges Abkommen der publiken Willenserklärung gegenüber ohne jede Erheblichkeit ist. Dies ist einer der wichtigsten Unterschiede zwischen der modernen öffentlichen und der klandestinen Eheschließung, wie dies auch von einem großen Denker ausgesprochen worden ist, von Rousseau, in der Nouvelle Héloïse III lettre 18, denn: Le publique est en quelque sorte garant d'une convention passée en sa présence. Auch dasjenige, was ich in meiner Abhandlung S. 129 von der Erklärung vor dem Hypothekenführer ausgeführt habe, daß nämlich nur das gilt, was hier erklärt ist, sollte auch unter den Parteien privatim das Gegentheil vereinbart sein, findet einen weiteren Gewährsmann in Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht S. 172.

Endlich können wir auch unsern Erörterungen über die Wirkungen des Vollindossamentes eine neue Seite abgewinnen.

---

1) Daß auch auf diesem Gebiete eine Simulation z. B. durch theatralische Darstellung des Aktes möglich ist, zeigt uns jede (vollständige) Aufführung von Schiller's Maria Stuart (Akt V Scene 7).

Es ist S. 150 meiner Abhandlung ausgeführt worden, daß der Vollindossatar wahrer und voller Gläubiger wird, mögen die Abreden zwischen ihm und dem Indossanten lauten, wie sie wollen; man kann auch nicht zwischen dem Verhältniß des Indossatars zu dem Wechselschuldner und dem Verhältniß des Indossatars zum Indossanten unterscheiden, denn das letztere ist nur die logische Folge des ersteren: ist der Indossatar dem Wechselschuldner gegenüber Gläubiger geworden, so ist er überhaupt Gläubiger geworden, die Gläubigerschaft ist auf ihn übergegangen und der Indossant ist nicht mehr Gläubiger. Zugleich ist aber auch betont worden, daß diese unbestreitbare rechtliche Wirkung sich vor höheren Prinzipien beugen muß, wenn sie zu Operationen benützt werden soll, welche das Recht mißbilligt. Ein derartiger Fall ist in meiner Abhandlung erörtert worden; ein anderes Beispiel soll folgen. Wird nämlich der Wechsel mit einem Vollindossamente zum einfachen Inkasso gegeben, so gibt es einen Fall, in welchem der wirthschaftliche Umweg, den die Parteien gewählt haben, um ein Mandatsverhältniß zu verwirklichen, dem Mandanten verhängnißvoll werden kann: wenn nämlich der Indossatar in Gant geräth und die Gantgläubiger auf den Wechsel, also auf das durch das Indossament übergegangene volle Gläubigerrecht greifen wollen. Allerdings hat auch hier der Indossant die actio mandati auf Rückübertragung des Wechsels bezw. des im Wechsel verkörperten Gläubigerrechts. Allein diese actio mandati ist an sich nur ein gewöhnlicher obligatorischer Anspruch, ohne jedes Vorgangsrecht, ein Anspruch, welcher mit den übrigen Gläubigern der 5. Ordnung einfach konkurriren und zu Theil gehen müßte; denn der Mandant ist kein Separatist, er verlangt keine der Konkursmasse nicht gehörige Sache[1]),

1) Wie z. B. der Deponent mit der actio depositi: dieser verlangt eine der Gantmasse fremde Sache und der Unterschied von der Vindika-

sondern er verlangt eine der Konkursmasse gehörige Sache, einen im Eigenthum der Konkursmasse stehenden Wechsel, oder ein der Konkursmasse und nur dieser züstehendes Gläubigerrecht. Eine solche rechtliche Konsequenz widerspricht aber derjenigen Gestaltung der Vermögenslage, welche die Parteien bezweckten und auf welche sie zu bauen berechtigt waren; denn die Parteien wollten durch den ganzen Komplex der Operationen nur das gleiche wirthschaftliche Resultat herbeiführen, als wie wenn der Mandatar direkt zum unmittelbaren wirthschaftlichen Erwerb des Mandanten gehandelt hätte, als wie wenn der Mandatar nur der Stellvertreter des Indossanten gewesen und das Recht des Indossanten niemals auf ihn übergegangen wäre. Die Konsequenz wäre noch um so härter, als das Recht eine solche Gestaltung des Mandatsverhältnisses nirgends mißbilligt [1]), und dieselbe im Verkehr allgemein üblich und durch die dringenden Interessen des Verkehrs geboten ist. Daher ist es ein einleuchtendes Postulat der Gerechtigkeit, daß das Recht dem Indossanten eine rei vindicatio utilis auf Rückübertragung des Wechsels gewährt, d. h. daß es den obligatorischen Anspruch bis zum dinglichen steigert und diesen vollkommen außer Konkurrenz stellt mit den übrigen obligatorischen Ansprüchen. Diese rei vindicatio utilis des modernen Rechtes steht den antiken Fällen derselben an Wichtigkeit nicht nach, sie ist ein treffender Beweis, wie sehr sich mit den richtig verstandenen Bildungen des antiken Rechtes die Bedürfnisse des modernen Rechtsverkehrs befriedigen lassen [2]).

tion besteht nur darin, daß der Deponent obsiegt, obgleich er nicht Eigenthümer ist, während der Vindikant nur obsiegt, wenn er Eigenthümer ist; für die Gantbehandlung kommt es aber nur in Betracht, daß die Masse nicht Eigenthümerin ist, nicht auch, ob der Kläger Eigenthümer ist oder nicht.

1) Vielmehr findet dasselbe noch eine ganz besondere Bestätigung in Art. 373 H.G.B.

2) Würde man der Schulin'schen Anschauung von der actio Pu-

Das französische Handelsgesetzbuch hat denn auch diesem Postulate der Rechtsordnung in vortrefflicher Weise entsprochen. Der Art. 574 des C. de Comm. besagt (in der neuen Fassung nach dem Gesetz vom 28. Mai 1838):

Pourront être revendiquées, en cas de faillite, les remises en effets de commerce ou autres titres non encore payés, et qui se trouveront en nature dans le portefeuille du failli à l'époque de la faillite, lorsque ces remises auront été faites par le propriétaire avec le simple mandat d'en faire le recouvrement et d'en garder la valeur à sa disposition, ou lorsqu'elles auront été, de sa part, spécialement affectées à des payements déterminés.

Der Anspruch ist, wie der Anspruch aus dem right of stoppage in transitu, ein zum dinglichen Anspruch gesteigerter und mit der Wirksamkeit des dinglichen Anspruchs ausgestatteter obligatorischer Anspruch; der obligatorische Anspruch verdichtet sich zum dinglichen, wo er dieser Stütze bedarf, um das von der Gerechtigkeit erstrebte Ziel zu erreichen. Die französischen Juristen werden diesem Rechtsinstitute meistens nicht gerecht. Renouard in seinem traité des faillites et banqueroutes (3[me] éd.) II p. 343 behauptet: Cet article est une application des principes incontestés de la pure revendication. Il règle la reprise d'effets ou titres dont la propriété n'a point été transmise et qui, remis par un

---

bliciana zustimmen, so könnte man an eine actio Publiciana mit replica doli gegen die exceptio dominii denken. Allein ich stimme der Konstruktion Schulin's nicht zu (vgl. Huschke, das Recht der Publicianischen Klage S. 21) und erachte es insbesondere für das moderne Recht als wenig ersprießlich, wenn man den Hauptpunkt, statt in die Klage, in die Replik verlegt. Die Annahme einer actio Publiciana rescissoria (vgl. Goldschmidt, Handbuch I 2 S. 870) gibt zwar eine Formel, aber keine Erklärung, denn jede Rescission führt im Grund auf eine Fiktion zurück, und Fingiren ist niemals Erklären.

simple mandat, se trouvent identiquement et en nature. Dieses ist richtig für den Fall des irregulären Endossement (art. 138 des C. de comm.), welches nur die Wirkung eines Prokuraindossaments hat (qui n'est qu'une procuration), nicht richtig ist es für den Fall des regulären Endossement (art. 136. 137 C. de comm.). Auch Bravard-Veyrières, traité de droit commerc. V p. 522 stellt ohne Weiteres die Fälle neben einander, wo die Tratte ait été endossée irrégulièrement und wo dieselbe, eût-elle été endossée régulièrement, que l'endosseur n'ait pas reçu de valeur et qu'il n'ait eu recours à un endossement régulier que comme à un moyen d'éviter une compensation. Richtiger bemerkt Alauzet, comment. du code de comm. (2me éd.) V p. 310: Si le revendiquant n'a mis sur l'effet qu'un endos irrégulier, comme cet endos ne vaut que pour procuration, il n'a pas abdiqué la propriété et il peut revendiquer. Si le revendiquant a mis sur l'effet un endos régulier au profit du failli, en droit rigoureux la revendication devrait lui être interdite, parcequ'il a transféré la propriété même; mais du cédant au cessionaire, l'endossement, même régulier, ne transporte pas toujours la propriété et, si le cessionaire n'a pas fourni la valeur, s'il n'est que mandataire ou dépositaire, malgré son titre apparent, le cédant peut revendiquer. Die letztere Bemerkung ist nur eine, bei den französischen Juristen häufig wiederkehrende, unklare Formulirung der Wahrheit, daß dem Indossanten trotz des vollen Eigenthumsüberganges eine rei vindicatio (utilis) zusteht.

Die Bestimmung des französischen Rechts ist auch in andere Gesetze und Entwürfe übergegangen. So in die preußische Konkursordnung vom Jahr 1855. Dieselbe bestimmt in §. 24:

„Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden über For-

derungen, welche dem Gemeinschuldner nur behufs der Realisirung oder mit der ausdrücklichen Bestimmung übermacht worden sind, daß sie zur Deckung gewisser, bei der Uebermachung bezeichneter künftiger Zahlungen dienen sollen, können zurückgefordert werden, wenn sie zur Zeit der Konkurseröffnung noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten vorhanden sind, welcher sie für den Gemeinschuldner besitzt."

Die gleiche Bestimmung wurde auch in den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten vom Jahr 1857 §. 724 aufgenommen; und richtig bemerkten die Motive dazu (S. 398), die Bestimmung erscheine als geboten, „weil die allgemeinen Grundsätze über die Vindikation hier nicht ohne Weiteres anwendbar sind, gleichwohl aber die Zulassung der Rückforderung durch das Bedürfniß geboten ist."

Es wäre sehr zu wünschen gewesen, daß diese Bestimmung auch in der deutschen Konkursordnung Eingang gefunden hätte; und fürwahr, an Anregung hat es nicht gefehlt; in den drei Lesungen der Konkursordnungskommission des Reichstags ist diese Bestimmung von sehr berufener Seite mit treffender Begründung in Anregung gebracht, aber alle dreimal von der Majorität verworfen worden, vgl. Protokolle 5 S. 29 f. 18 S. 127 f. 24 S. 163 f. Man hat sich gegen die Bestimmung gesträubt, nicht weil sie etwas Unrichtiges, sondern weil sie etwas Selbstverständliches enthalte; man nahm an, daß der zum bloßen Einzug beauftragte Indossatar trotz des Vollindossamentes nicht Eigenthümer des Wechsels werde und daß daher eine solche Gesetzesbestimmung nur einen gewöhnlichen Fall der Vindikation herausgreife. Man begnügte sich, die Ansicht der Kommission zu Protokoll zu geben, wie folgt (S. 172):

„Durch den §. 35 soll nicht ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechseln und andern durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der Konkursmasse, sofern sie dem Ge-

oder wider ebensowenig hergeleitet werden kann als aus rein logischen Gründen, daß vielmehr beide Theorien möglich sind. So wird denn eine Entscheidung über die ganze Streitfrage schließlich nur von den Quellen zu erwarten sein (Abschnitt V).

II.

Das Wesen der Willenserklärung.

Die herrschende Theorie wie die gegnerische operirt mit dem Begriff des Willens: eigentlicher und uneigentlicher, wirklicher und unwirklicher Wille, Nichtwollen des erklärten Willensinhalts und Nichtwollen der Erklärung — solche Wendungen hören wir immer wiederkehren. Daß unter ihnen das Richtige vielfach gemeint sei, wage ich nicht zu bestreiten; indeß in diesen allgemeinsten Fragen kommt es neben dem richtigen Meinen wesentlich darauf an, das Richtige richtig und für Jeden faßbar zu sagen, und daran, scheint es mir, fehlt es bis jetzt. Die das ganze Willensleben und folglich das ganze Begriffsgebiet der juristischen Handlungen beherrschende Unterscheidung ist nicht klar und entschieden genug in die Mitte gestellt worden; daß sich eine große Reihe von Schriftstellern ihr mehr oder weniger nähert, sie unter mehr oder weniger durchsichtigen Ausdrucksweisen ahnen läßt, beweist nur, daß die Unterscheidung reif ist zu der ihr gebührenden Herrschaft zu kommen. Die verfehlten psychologischen Ausführungen und Angriffe z. B. von Schall und Kohler sind durch die herrschende Begriffsunklarheit ermöglicht und verschuldet.

Sowohl die römischen Quellen wie die heutigen privatrechtlichen Juristen brauchen das Wort Wille für zwei von einander sehr verschiedene psychische Phänomene. Wille ist einmal derjenige — seinem Wesen nach wie jeder psychische Grundvorgang nicht durch Erzählen sondern nur durch Erleben erklärbare — psychische Akt, den wir als Ursache einer Erregung der

motorischen Nerven betrachten. Der Wille in dieser Bedeutung enthält idealiter in sich, was die körperliche Bewegung realiter ist: er ist Wille zu einer unmittelbaren Handlung, unmittelbarer Wille. Nicht immer aber bringt die Handlung schon unmittelbar die von dem handelnden Subjekt gesuchte Befriedigung in diesem hervor; möglicher Weise sieht das Subjekt die Ursache dieser Befriedigung erst in einem weiteren Erfolge, den die körperliche Bewegung durch Vermittelung der in der äußeren Natur sich vollziehenden Kausalität ursächlich hervorbringt. Damit wird die äußere Seite der Handlung dualistisch: körperliche Bewegung und Erfolg, und diesem Dualismus der äußeren Seite muß ein Dualismus der inneren Seite der Handlung entsprechen: der Wille selbst erhält ein doppeltes Objekt, die unmittelbare Handlung und den durch die Handlung als Mittel hervorgebrachten, vermittelten Erfolg. Das Subjekt sucht seine Befriedigung durch den Erfolg der Handlung, dieser Erfolg ist das Objekt seines Strebens, und dieses Streben wird ebenfalls Wille genannt; um diesen Erfolg herbeizuführen, muß aber das Subjekt sich einen näheren Willensinhalt setzen, da es eben den Erfolg nicht unmittelbar herbeiführen kann: es muß die Ursache des Erfolgs, die Handlung wollen; dadurch wird das Wollen des Erfolgs das fernere, das Wollen der Handlung das nähere Wollen; dieses nähere Wollen ist Wollen der unmittelbaren Handlung, das fernere Wollen ist Wollen des durch die Handlung vermittelten Erfolgs, das erstere ist unmittelbares, das zweite mittelbares Wollen. Die Handlung verhält sich zum Erfolg als Mittel zum äußeren[15]) Zweck; es wird daher an dieser Stelle[16]) erlaubt sein, zu sagen: das

---

15) Ueber einen anderen Begriff von Zweck s. die Hauptarbeit Kap. II.

16) Ungenau ist der Satz des Textes, sobald zur Erreichung des Zwecks mehr als ein Mittel erforderlich ist. S. die Hauptarbeit Kap. II.

lung des Geschäfts in zwei Akte, in einen Veräußerungs- und Rückveräußerungsakt der Indossant keinen unverdienten Verlust erleidet und die Chirographargläubiger keinen unverdienten Gewinn machen, unterliegt keinem Zweifel; und daraus ergibt sich unsere rei vindicatio utilis von selbst. So gut die römischen Juristen berechtigt waren, in dem Falle des fr. 5 §. 3 de rei vind. eine utile Vindikation zu konstruiren, so gut sind es wir in dem vorliegenden Falle; und wir sind es doppelt, nach den wichtigen gesetzlichen Antezedentien, welche für analoge Fälle vorliegen. Solche Antezedentien sind das fr. 1 und 2 de instit. act., fr. 5 de stipul. praet., der §. 368 Abs. 2 H.G.B. (vgl. Art. 575 des C. de comm. in der neuern Fassung und §. 725 des preuß. Entwurfs eines deutschen Handelsgesetzbuchs) und der §. 38 der deutschen Konkurs-Ordnung. Alle diese Stellen sind nur Anwendungsfälle des höheren Prinzips, daß die wirthschaftlichen Folgen des Mandatsverhältnisses bei Eintritt eines Ersatzmannes oder Kommissionärs wo thunlich denjenigen Folgen angenähert werden sollen, welche eintreten würden, wenn der Mandatar als Stellvertreter direkt für den dominus gehandelt, also wenn eine Zertheilung des Geschäfts in zwei Akte, in einen Veräußerungs- und Rückveräußerungsakt nicht stattgefunden hätte; und daß diese Folgen insbesondere durch den Konkurs des Kommissionärs nicht alterirt werden sollen.

Vielleicht ist es mir gegönnt, demnächst die utile Vindikation des modernen Rechts, im Anschluß an Ihering's berühmte Abhandlung im I Bande dieser Jahrb., im Zusammenhange zu behandeln [1]).

---

1) In seiner ausgezeichneten Abhandlung über die Bereicherungsklage in diesem Jahrb. XVI S. 230 fg., S. 313 hat Ihering wieder eine neue Seite der utilen Vindikation entdeckt. Eine der wichtigsten Funktionen ist die vorliegende: den Anspruch außer Konkurrenz zu setzen mit den sonstigen persönlichen Ansprüchen.

Zusatz. Man hat meiner Theorie vom rechtsgeschäftlichen Willen das strafrechtliche Beispiel des Agent provocateur entgegengehalten; z. B. A läßt sich in einen den Mord einer Person planenden Geheimbund aufnehmen, um denselben, sobald er zu Versuchshandlungen gelangt ist, zur Anzeige zu bringen. Hier sagt man nun: A will den Komplottanten gegenüber die Eintritts- und Zustimmungserklärung machen, folglich müsse er in analoger Anwendung meiner rechtsgeschäftlichen Grundsätze als Komplottant bestraft werden.

Ich nehme das Beispiel vollkommen an, bemerke aber, daß zum Delikte des Mordes die Absicht auf einen bestimmten Natureffekt, nämlich auf die Tödtung eines Andern gehört, ebenso wie zum Rechtsgeschäft die Absicht auf den bestimmten Geisteseffekt in der Seele eines Andern. Daher entspricht der Agent provocateur dem Kontrahenten bei der Mentalreservation nicht im mindesten; denn der Agent provocateur hat nicht den auf den Natureffekt, die Tödtung eines Dritten gerichteten Willen, dagegen hat bei der Mentalreservation der Kontrahent den Willen, in der Seele des Andern den entsprechenden Geisteseffekt zu erzeugen.

Eine Analogie zwischen beiden Fällen kann nur stattfinden, sofern die Gesetzgebung an die Theilnahme an derartigen Geheimbünden, an die Aufforderung zu einem Delikte u. dgl. eine polizeiliche Strafe knüpft, auch wenn diese Theilnahme, diese Aufforderung gar nicht mit der auf die Ausübung des Verbrechens gerichteten Absicht verbunden ist [1]). Denn hier würde Komplott und Aufforderung an sich bestraft, nicht als Hülfsmittel einer weitergehenden Absicht, hier würde zum verbrecherischen Dolus die Absicht auf die geistige Einwirkung in der Seele der übrigen Komplottanten oder des Aufgeforderten ge-

1) Inwiefern §. 49 a R.St.G.B. hierher gehört, ist an dieser Stelle nicht zu untersuchen.

nügen; hier, nach diesem Maße aber wäre auch der Agent provocateur strafbar, denn er hat die geistige Einwirkung gewollt, ebenso wie der Kontrahent bei der Mentalreservation.

Ich verweise im Uebrigen auf meinen Aufsatz über den Agent provocateur in den Annalen der Bad. Gerichte B. 40 S. 61 fg., welcher dieses schwierige kriminalrechtliche Problem ganz eingehend behandelt und auch auf unsere jetzige Materie ein helles Licht werfen wird [1]).

---

1) Den Resultaten dieses Annalenaufsatzes stimmt im Wesentlichen bei Geyer in Holtzend. Handb. IV S. 161 (übrigens ist hier, ebenso wie auf S. 141, 143, 162, 163, mein Name verdruckt).

VIII.

Die juristische Willenserklärung.

Von

Dr. Ernst Zitelmann,
Privatdocenten an der Universität Göttingen.

I.

Fragstellung.

Die herrschende Lehre spricht der juristischen Willenserklärung, falls die sonstigen vom objektiven Recht erforderten Voraussetzungen ihrer Wirksamkeit vorliegen, diejenige juristische Wirkung zu, welche der Erklärende hat herbeiführen wollen, sofern die Erklärung zugleich nach objektivem Maßstab als Erklärung dieses Willens gelten kann. Sie versagt also derjenigen Willenserklärung die juristische Wirkung, welche von dem Erklärenden nicht wirklich als Erklärung eines juristischen Willens gewollt war, und ebenso derjenigen, welche von dem Erklärenden als Erklärung eines anderen Willens gewollt war, als nach objektivem Maßstab von dem Empfänger der Willenserklärung angenommen werden mußte.

Eine Reihe von Schriftstellern hat in neuester Zeit die Richtigkeit dieser Grundsätze bestritten, entweder für das ganze oder doch für ein Theil-Gebiet der juristischen Willenserklärungen. Nach dieser gegnerischen Meinung soll die juristische Willenserklärung immer oder in manchen Fällen diejenige Rechts-

wirkung haben, welche, nach objektivem Durchschnittsmaßstab gemessen, in der Erklärung als gewollt erscheint, gleichgiltig, ob diesem Schein der Wille des Erklärenden entspricht oder nicht.

Der herrschenden Lehre ist neuestens von Windscheid [1]) eine eingehende Vertheidigung zu Theil geworden. Er nennt als Gegner der herrschenden Theorie Regelsberger [2]) 1868, Röver [3]) 1874, Bähr [4]) 1875, Schloßmann [5]) 1876, Hölder [6]) 1876 (diesen indeß wohl kaum mit Recht; seine Begründung trifft nur die Unwirksamkeit der Mentalreservation) und Schall [7]) 1876. Hinzugesetzt werden kann, daß auch Lotmar [8]) 1875 sich der gegnerischen Auffassung zuneigt, freilich, wie es scheint, ohne sie im Einzelnen zu verwenden; ferner, daß Kohler 1877 in seinen „Studien über Mentalreservation und Simulation" [9]) seine Ansicht, daß eine Mentalreservation die Wirksamkeit der Erklärung nicht hindere, auf Gründen aufbaut, die nicht nur in der von ihm speziell behandelten Frage, sondern in dem ganzen hier zur Rede stehenden Problem gleicher Weise zu Gunsten der gegnerischen Meinung gelten müssen; endlich hat sich neuestens (1878) auch Thon [10]) gegen die herrschende Lehre erklärt [11]).

---

1) „Wille und Willenserklärung. Eine Studie." Zur Feier des Andenkens an B. F. R. Lauhn am 6. Juni 1878. Leipzig.

2) Civilrechtliche Erörterungen I §. 1—4.

3) Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen. Rostock.

4) Ueber Irrungen im Kontrahiren, in diesen Jahrbüchern XIV S. 393 ff.

5) Der Vertrag. Leipzig. In Buch I.

6) Kritische Vierteljahrsschrift XVIII S. 176 fg.

7) Der Parteiwille im Rechtsgeschäft. Stuttgart.

8) Ueber causa im römischen Recht. Kap. I besonders S. 15—17.

9) in diesen Jahrbüchern XVI S. 91 ff.

10) Rechtsnorm und subjectives Recht. Weimar. S. 354 ff.

11) Die in Note 1 — 10 genannten Schriften sind gemeint, wenn in dieser Abhandlung nur die Namen der Verfasser citirt sind.

Verschwiegen werden darf schließlich nicht, daß auch innerhalb der herrschenden Lehre sich hie und da Konzessionen an die gegnerische Theorie finden, die entweder wirklich Abweichungen vom Prinzip sind oder doch dem Ausdruck nach als solche erscheinen [12]).

Die eminente Wichtigkeit des aufgeworfenen Problems mag das Erscheinen der nachfolgenden Abhandlung rechtfertigen, welche sich prinzipiell auf den Boden der herrschenden Lehre stellt. Sie will versuchen, vor Allem eine sichere Grundlage für das Problem zu gewinnen und dadurch eine klare Fragstellung zu ermöglichen, dann das Gebiet, welches von dem Streit berührt wird, scharf zu umgrenzen, und diejenigen Erörterungen abzuschneiden, die weder für noch gegen eine der beiden Meinungen etwas entscheiden können, somit diejenigen Gründe zu bezeichnen, die allein fähig sind, eine Entscheidung für oder wider herbeizuführen, und diese Entscheidung selbst nach ihnen zu treffen [13]).

Von drei Seiten her ist die herrschende Lehre angegriffen worden, dem dreifachen Angriff wird eine dreifache Vertheidigung zu begegnen haben. Man hat durch psychologisch-logische Erwägungen nachweisen wollen, daß die herrschende Ansicht in sich widerspruchsvoll, also undenkbar sei; man hat durch geschickte Anführung praktischer Fälle deutlich zu machen gesucht,

12) Man vgl. z. B. Savigny, System III S. 258 fg. Jhering in diesen Jahrbüchern IV S. 72 fg. und früher Windscheid selbst Pand. §. 84 bei Note 11 (dagegen jetzt Derselbe, Wille u. Willenserklärung S. 37 fg.), neuerdings auch Rittner, Oesterreichisches Eherecht, 1876, S. 163 in seiner beachtenswerthen Darstellung der Lehre vom Irrthum.

13) Die vorliegende Arbeit war im Wesentlichen bereits vor dem Erscheinen der Windscheid'schen Abhandlung geschrieben und zwar als Theil einer umfassenderen Arbeit über eine andere Lehre, für welche das hier behandelte Problem präjudiziell ist. Für die Rechtfertigung mancher hier nur kurz skizzirter Gedanken, besonders im Abschnitt I, darf daher wohl auf das demnächst erscheinende Buch verwiesen werden.

daß sie unzweckmäßig, also für das praktische Leben unbrauchbar sei; endlich hat man sogar Quellenzeugnisse finden zu können geglaubt, welche der herrschenden Ansicht völlig den Garaus machen sollten. Die herrschende Theorie soll demnach unmöglich sein für die Philosophie, für das Leben, für die Quellen — in der That, mehr kann man nicht verlangen.

Daß neben diesem dreifachen Gebiet der Erwägungen eine Argumentation aus der „Natur der Sache", wie sie z. B. bei Röver[14]) auftritt, nichts Neues beizubringen im Stande sei, wird man auch ohne Beweis glauben; solche Gründe aus der Natur der Sache sind Gründe bald der Zweckmäßigkeit, bald der Logik, die unter dem Dunkel jenes nebelhaften Ausdrucks unerkannt nebeneinander wohnen.

Was nun zuerst den mittleren der drei bezeichneten Angriffe, welcher die Unzweckmäßigkeit der herrschenden Lehre nachweisen will, betrifft, so ist es freilich ein oft gehörter Satz, daß Zweckmäßigkeitsgründe nur de lege ferenda, nicht de lege lata von Wichtigkeit seien; solche Gründe scheinen demnach schweigen zu müssen, wo über die Frage, was thatsächlich Rechtens ist, zu Rathe gesessen wird — sie greifen eine Position an, um deren Besitz es sich vorerst gar nicht handelt.

Indeß so leichten Kaufs werden wir die unbequemen Gegner nicht los. Denn so oft jener Satz gehört ist, so sehr bedarf er doch einer Beschränkung. Freilich, wo das Gesetz spricht, haben jene Gründe zu schweigen. Wie aber, wenn es sich um die Zweckmäßigkeit von Konsequenzen handelt, über welche das Gesetz nichts entschieden? Wenn sich aus einem Prinzip Konsequenzen ergeben, die für die Praxis völlig unbrauchbar sind, wird dann nicht der Argwohn gerechtfertigt sein, daß der Gesetzgeber diese Konsequenzen nicht bedacht und darum das

---

14) in der oben Note 3 cit. Schrift S. 17—20.

Prinzip unrichtig — zu eng oder zu weit — formulirt habe? Das von ihm aufgestellte Prinzip deckt freilich die von ihm selbst gezogenen Konsequenzen; aber da der Gesetzgeber doch die Konsequenzen nicht des Prinzips, sondern das Prinzip der Konsequenzen halber — um sie in eine Einheit zusammenzufassen — aufgestellt hat, so liegt es nahe, wirklich unzweckmäßige Konsequenzen nicht zu ziehen, und man wird glauben dürfen, mehr im Geiste des Gesetzgebers zu entscheiden, wenn man nach Zweckmäßigkeitsrücksichten entscheidet; man stößt so das alte Prinzip um und muß ein neues zu finden suchen, aus dem die vom Gesetzgeber selbst gegebenen Entscheidungen und die neuen Zweckmäßigkeitsentscheidungen in gleicher Weise als Konsequenzen sich ableiten lassen.

Sollte demnach die gegnerische Meinung wirklich im Stande sein, zu beweisen, daß die herrschende Lehre in Fällen, wo uns die Autorität der Quellen verläßt, zu völlig unbrauchbaren Entscheidungen führe, so würden wir unser Prinzip, selbst wenn es völlig quellenmäßig begründet wäre, doch fallen zu lassen gezwungen sein. Demnach erwächst der herrschenden Lehre die Pflicht, zu zeigen, daß ihre in den Quellen nicht ausdrücklich entschiedenen Konsequenzen nicht unbrauchbar sind (Abschnitt IV).

Sollte indeß der Angriff der gegnerischen Meinung auf diesem Punkte auch mißglückt sein, so würde sie doch Recht behalten müssen, wenn es ihr gelänge nachzuweisen, daß die herrschende Lehre in sich logisch-psychologisch unmöglich sei. Es soll nun gleich zuerst (Abschnitt II) versucht werden, nachzuweisen, daß die herrschende Ansicht sowohl wie die Angriffe gegen dieselbe sich in einer unklaren Anschauungs- oder mindestens Ausdrucksweise über das Wesen der sogen. Willenserklärung bewegen, und daß bei richtiger Betrachtung der psychologischen Verhältnisse aus psychologischen Gründen eine Entscheidung für

oder wider ebensowenig hergeleitet werden kann als aus rein logischen Gründen, daß vielmehr beide Theorien möglich sind. So wird denn eine Entscheidung über die ganze Streitfrage schließlich nur von den Quellen zu erwarten sein (Abschnitt V).

II.

Das Wesen der Willenserklärung.

Die herrschende Theorie wie die gegnerische operirt mit dem Begriff des Willens: eigentlicher und uneigentlicher, wirklicher und unwirklicher Wille, Nichtwollen des erklärten Willensinhalts und Nichtwollen der Erklärung — solche Wendungen hören wir immer wiederkehren. Daß unter ihnen das Richtige vielfach gemeint sei, wage ich nicht zu bestreiten; indeß in diesen allgemeinsten Fragen kommt es neben dem richtigen Meinen wesentlich darauf an, das Richtige richtig und für Jeden faßbar zu sagen, und daran, scheint es mir, fehlt es bis jetzt. Die das ganze Willensleben und folglich das ganze Begriffsgebiet der juristischen Handlungen beherrschende Unterscheidung ist nicht klar und entschieden genug in die Mitte gestellt worden; daß sich eine große Reihe von Schriftstellern ihr mehr oder weniger nähert, sie unter mehr oder weniger durchsichtigen Ausdrucksweisen ahnen läßt, beweist nur, daß die Unterscheidung reif ist zu der ihr gebührenden Herrschaft zu kommen. Die verfehlten psychologischen Ausführungen und Angriffe z. B. von Schall und Kohler sind durch die herrschende Begriffsunklarheit ermöglicht und verschuldet.

Sowohl die römischen Quellen wie die heutigen privatrechtlichen Juristen brauchen das Wort Wille für zwei von einander sehr verschiedene psychische Phänomene. Wille ist einmal derjenige — seinem Wesen nach wie jeder psychische Grundvorgang nicht durch Erzählen sondern nur durch Erleben erklärbare — psychische Akt, den wir als Ursache einer Erregung der

motorischen Nerven betrachten. Der Wille in dieser Bedeutung enthält idealiter in sich, was die körperliche Bewegung realiter ist: er ist Wille zu einer unmittelbaren Handlung, unmittelbarer Wille. Nicht immer aber bringt die Handlung schon unmittelbar die von dem handelnden Subjekt gesuchte Befriedigung in diesem hervor; möglicher Weise sieht das Subjekt die Ursache dieser Befriedigung erst in einem weiteren Erfolge, den die körperliche Bewegung durch Vermittelung der in der äußeren Natur sich vollziehenden Kausalität ursächlich hervorbringt. Damit wird die äußere Seite der Handlung dualistisch: körperliche Bewegung und Erfolg, und diesem Dualismus der äußeren Seite muß ein Dualismus der inneren Seite der Handlung entsprechen: der Wille selbst erhält ein doppeltes Objekt, die unmittelbare Handlung und den durch die Handlung als Mittel hervorgebrachten, vermittelten Erfolg. Das Subjekt sucht seine Befriedigung durch den Erfolg der Handlung, dieser Erfolg ist das Objekt seines Strebens, und dieses Streben wird ebenfalls Wille genannt; um diesen Erfolg herbeizuführen, muß aber das Subjekt sich einen näheren Willensinhalt setzen, da es eben den Erfolg nicht unmittelbar herbeiführen kann: es muß die Ursache des Erfolgs, die Handlung wollen; dadurch wird das Wollen des Erfolgs das fernere, das Wollen der Handlung das nähere Wollen; dieses nähere Wollen ist Wollen der unmittelbaren Handlung, das fernere Wollen ist Wollen des durch die Handlung vermittelten Erfolgs, das erstere ist unmittelbares, das zweite mittelbares Wollen. Die Handlung verhält sich zum Erfolg als Mittel zum äußeren[15]) Zweck; es wird daher an dieser Stelle[16]) erlaubt sein, zu sagen: das

15) Ueber einen anderen Begriff von Zweck s. die Hauptarbeit Kap. II.

16) Ungenau ist der Satz des Textes, sobald zur Erreichung des Zwecks mehr als ein Mittel erforderlich ist. S. die Hauptarbeit Kap. II.

Wollen ist Wollen des *Mittels* und Wollen des *Zwecks*. Psychologisch betrachtet sind freilich die beiden psychischen Vorgänge oder Zustände, die nach dem Gesagten gleicher Weise als Wollen bezeichnet werden, völlig verschieden, verschieden nicht bloß durch ihren Inhalt, durch den ja auch jeder einzelne Willensakt von dem andern verschieden ist, sondern auch abgesehen hiervon verschieden in ihrem psychischen Wesen. Es darf als eine der schwierigsten Fragen angesehen werden, worin das Wesen des unmittelbaren, worin das des mittelbaren Willens besteht, und welche Momente uns berechtigen, trotz ihrer Verschiedenheit sie in die Einheit eines Begriffs, des Begriffs des Willens i. w. S., zusammenzufassen.

Aus Gründen, die nicht hier erörtert werden können, bezeichne ich den mittelbaren bewußten Willen als *Absicht*; die Wahl dieses Ausdrucks, der ja, wenn auch nicht in seiner technischen Begrenzung, doch im Privatrecht bereits oft gebraucht wird, darf keine Bedenken erregen, da das, was mit ihm bezeichnet werden soll, in genauen Umrissen angegeben ist; die Beanstandung des Worts würde ein lediglich terminologischer Einwurf sein, der die Richtigkeit der sonstigen Aufstellungen unberührt lassen würde.

Der Unterschied nun zwischen Wille und Absicht ist es, um den sich die ganze Lehre von den juristischen Handlungen dreht, der fundamental ist für die ganze Lehre vom Irrthum, ohne den auch das Wesen der Willenserklärungen, das hier zur Frage steht, nicht zu begreifen ist.

Es ist *ein* frappantes Merkmal, durch welches sich die Willenserklärungen von allen anderen mit der Absicht auf Herbeiführung eines Erfolgs vorgenommenen Handlungen unterscheiden. Da aber der Begriff der Willenserklärungen wie auch der allgemeinere der Handlungen seine ursprüngliche Heimath auf nicht juristischem Boden hat, so müssen wir, um

das entscheidende Wesensmerkmal der Willenserklärungen zu finden, für kurze Frist das Gebiet der Jurisprudenz verlassen und uns in die Fremde psychologischer Betrachtungen begeben.

Worin nun liegt psychologisch betrachtet das Wesen der Willenserklärung?

Ich habe ein Begehren; ich finde indeß keine eigne Handlung, um durch dieselbe den begehrten Zustand herbeizuführen. Wäre ich als der letzte der Menschen allein auf der Welt, so würde ich auf die Befriedigung meines Begehrens verzichten müssen. Nun lebe ich unter anderen Menschen, und ich erkenne, daß die Handlung eines Anderen, Deine Handlung im Stande sein würde, den begehrten Erfolg herbeizuführen. Ich finde also als letztes vor dem Erfolg liegendes Mittel eine Handlung von Dir. Um nun irgend einen Erfolg zu kausiren, muß ich die Reihe der Mittel soweit zurückverfolgen, bis ich ein Mittel gefunden habe, das in einer Handlung von mir besteht. In dem hier gesetzten Fall muß ich also eine Kausalitätsreihe aufsuchen zwischen jener Handlung und irgend einer Handlung von mir. Die nächste Ursache Deiner Handlung sind die Motive in Dir. Indem ich nun Deine Bereitwilligkeit für mich zu handeln, falls Du mein Begehren kenntest, etwa wegen eines koinzidirenden Interesses voraussetze, wird es darauf ankommen, daß Du eine Vorstellung über den Inhalt meines Begehrens, über den Inhalt folgeweise der Handlung gewinnst, welche Mittel zur Befriedigung meines Begehrens sein würde.

Wie dies anfangen? Mein Begehren ist eine rein innerliche Thatsache, Du stehst außen, Dir ist eine Erkenntniß jener inneren Thatsache ohne Weiteres nicht möglich, denn uns ist die Seelenkraft nicht aufgegangen, „wie spricht ein Geist zum andern Geist". Folglich muß ich handeln. Da der Berg zu Mahomet nicht kommen kann, so muß sich Mahomet bequemen

zum Berge zu kommen, mein inneres Begehren muß zu Dir kommen; es muß aus dem Inneren des begehrenden Subjekts heraus in die Außenwelt treten, sich äußern; und zwar äußert sich das Innere nicht von selbst, sondern ich muß dazu eine Thätigkeit anwenden, ich muß diese innere Thatsache gleichsam durch einen angewandten Druck aus dem Innern heraus nach Außen bringen, ich muß es ausdrücken, ihm Ausdruck geben, so daß es aus dem Dunkel der eignen Seele heraus in die Klarheit des Tageslichts tritt, dem Anderen klar, ihm erklärt wird.

Wenn ich Ursache daran werden soll, daß ein Anderer eine adäquate Vorstellung über das, was ich begehre, erhalte, ein unmittelbarer Verkehr aber von Psyche zu Psyche nicht möglich ist, so muß ich einen Umweg suchen, ich muß die physische Kausalität benutzen: das Psychische muß sich zum Physischen erniedern, um von da aus wieder zum Psychischen erhöht zu werden.

So muß ich denn irgend eine körperliche Bewegung vollziehen, durch deren Wahrnehmung Seitens des Anderen in diesem die Vorstellung entsteht, daß ich ein Begehren so und so bestimmten Inhalts habe. Die körperliche Bewegung soll ihm zeigen, was in mir ist; sie ist so ein Zeichen für mein Inneres, und es kommt nur darauf an, daß er dieses Zeichen als das, als was es gegeben ist, hinnimmt und ergreift, daß er es also begreift, versteht.

An sich ist hiernach ein jedes sinnliche Zeichen ganz willkürlich als Zeichen gesetzt [17]). Wie es aber wirthschaftlich ein höchst unvollkommener Zustand ist, wenn für die Ueberlassung irgend eines Guts andere Gebrauchsobjekte hingegeben werden, über deren Verwerthung zur Darstellung des Aequivalents die

17) Womit natürlich nicht gesagt werden soll, daß nicht für gewisse seelische Zustände aus nachweisbaren psychologischen oder physiologischen Ursachen gerade dies bestimmte Zeichen gewählt werden mußte.

beiden Parteien in jedem einzelnen Fall sich erst vereinigen müssen, und wie der Verkehr dahin drängt, irgend eine bestimmte Waare als allgemeingiltiges Aequivalent festzustellen, also Geld zu schaffen, ja noch mehr, wie jede höhere Entwickelung der Geldwirthschaft dahin führen wird, an jedem einzelnen Stück Geld selbst erkennbar zu machen, welchen Werth es repräsentiren soll, damit man der Mühe der jedesmaligen individuellen Werthbestimmung überhoben sei, wie also Münzen geschaffen werden: so können auch die Menschen, welche sich einander mittheilen wollen, nicht dabei stehen bleiben, für die Erklärung ihres Inneren jedesmal ganz individuelle Zeichen zu wählen und es auf den Zufall ankommen zu lassen, ob der Andere diesen Zeichen denselben Werth zuschreibt wie der Erklärende selbst: sie werden vielmehr eine gewisse Art oder gewisse Arten von sinnlichen Zeichen als Verkehrsmittel festsetzen, und dahin übereinkommen, den einzelnen Zeichen selbst wie Münzen einen ein für alle Mal bestimmten Werth beizulegen.

Erst hiermit wird derjenige, der sein Inneres äußern will, die Möglichkeit einer begründeten Hoffnung darauf bekommen, daß der Andere das von ihm gewählte Zeichen als das verstehe, als was er es hingestellt hat, daß der Andere richtig deute, was das gewählte Zeichen bedeutet.

Was nun die edlen Metalle für unsern Güterverkehr, das ist die Sprache für unsern Gedankenverkehr: die Sprache und das edle Metall sind jedem andern Mittel vorgezogen, um Gedanken und Güter auszutauschen. Wir sprechen in der sicheren Annahme, daß in dem Andern, der das Wort wahrnimmt, dieses Hören eine adäquate Vorstellung, ein zutreffendes Bild des in uns vorhandenen inneren Zustandes erzeugen werde, dem wir Ausdruck haben geben wollen.

Wie indeß das edle Metall nicht die einzig mögliche und wirkliche Art des Geldes ist, so ist auch die Sprache nicht das

einzige Mittel der Mittheilung. Worte sind willkürlich gewählte Zeichen; dem Gedanken ist sein Leib, den er im Wort gefunden hat, gleichgiltig, und so kann er auch in anderer sinnlicher Gestalt erscheinen. Der stumme Blick eines Auges, der Druck einer Hand — sie schweigen oft in beredterer Weise, als das lauteste Wort zu sprechen vermag. Das Nicken mit dem Kopf gilt bei uns gerade so wie ein gesprochenes oder geschriebenes Ja. Wer sich mit dieser Kopfbewegung anstatt mit einem Worte erklärt, der zahlt einen Papierthaler anstatt eines Metallthalers; denn, so wenig hier auch über die Frage, ob ein Denken nur in Form der Sprache möglich ist, irgendwie abgeurtheilt werden soll: soviel darf doch als sicher behauptet werden, daß die Sprache als das vornehmlichste Mittel der Aeußerung und jedes andere nichtwörtliche Zeichen nur als Surrogat angesehen werden muß. Und sollte nicht vielleicht, wenn ich um zu bejahen mit dem Kopfe nicke, der vorangehende psychologische Prozeß wirklich der sein, daß ich die Vorstellung des Bejahens in der Form eines innerlich gedachten Wortes in mir habe, und dann, anstatt das Jawort zu sprechen, aus irgend einer Laune oder Bequemlichkeit mit dem Kopfe nicke, weil ich ja doch weiß, daß diese Bewegung in dem Anderen, der sie sieht, dieselbe Vorstellung erregen wird, wie das Hören des Jawortes, das ich eigentlich sprechen sollte?

Jedenfalls ist hier eine Beschränkung der Untersuchung auf die Sprache als das Haupterklärungsmittel innerer Thatsachen gestattet.

Die Erklärung ist eine eigene Handlung, und diese Handlung ist das erste Mittel, das ich setzen muß, um mein Begehren zu befriedigen. Indem so der Dualismus von Mittel und Zweck eintritt, wird der ursprüngliche Inhalt meines Begehrens zum Zweck und die Erklärung zum Mittel für die Erreichung dieses Zwecks. Um den Zweck zu erreichen, muß ich

das Mittel wollen, mein Begehren muß zum Wollen der Erklärung werden. So erhält mein Wille einen doppelten Inhalt: er ist unmittelbares Wollen der Erklärungshandlung, er ist mittelbares Wollen der Folgen dieser Erklärungshandlung, und diese Folgen sind vor Allem: Entstehung einer adäquaten Vorstellung über den Inhalt meines Begehrens in meinem Gegenüber, dadurch weiterhin Handlung dieses Anderen, in Folge dessen Befriedigung meines Begehrens.

Betrachte ich bloß die beiden ersten Glieder dieser Reihe (Erklärung als Mittel und Verstandenwerden dieser Erklärung Seitens des Anderen als ersten Zweck), so finde ich das gebrauchte Mittel in einer ganz neuen, eigenthümlichen und interessanten Funktion. Das Mittel ist nicht bloß eine der Ursachen zur Erreichung meines Zwecks, sondern es ist zugleich die objektive Darstellung dieses Zwecks, und wenn es richtig gewählt ist, so hat das Mittel objektiv genau denselben Inhalt, den der mittelbare Wille subjektiv hat. Da das bewußte Wollen des Erfolgs einer Handlung Absicht genannt wurde, so kann ich sagen: die unmittelbare Handlung ist Mittel zur Erreichung der Absicht und zugleich Erklärung dieser Absicht. Jede unmittelbare Handlung ist unmittelbar gewollt, ist also Aeußerung des unmittelbaren Willens; der Absicht aber steht das Mittel in allen anderen Fällen nur in seiner Funktion als Ursache der Erreichung der Absicht gegenüber, und hat also keine wahrhaft innerliche Beziehung zur Absicht selbst: m. a. W. das Mittel ist sonst eine der Absicht innerlich gleichgiltig und fremd gegenüberstehende Thatsache, in unserem Fall hingegen erscheint die Absicht in dem Mittel selbst, und während freilich jedes Mittel Aeußerung des Willens ist, so hat doch nur das Mittel, das in einer Erklärung besteht, das Eigenthümliche, daß es zugleich Aeußerung der Absicht ist.

Bei allen anderen Handlungen erscheint der unmittelbare

Wille in der Handlung, die Absicht aber erscheint nicht in der Handlung, sondern gewinnt erst ihre sinnliche Erscheinung in dem Erfolge der Handlung, hier hat sie ihr reales Spiegelbild, denn dieser Erfolg ist realiter das, was die Absicht idealiter war. Bei den Erklärungshandlungen hingegen erscheint der unmittelbare Wille freilich auch in der Erklärungshandlung, und die Absicht findet sich als realisirte schließlich auch in dem Erfolge wieder, zugleich aber hat die Absicht schon in der Erklärungshandlung ein reales Spiegelbild, denn die Erklärungshandlung ist wie gesagt nicht bloß Mittel zur Realisation der Absicht, sondern auch unmittelbares objektives Zeichen derselben.

Man könnte hiergegen einwenden: ist nicht jede Handlung, die als Mittel zu einem Zweck dienen soll, zugleich Aeußerung des unmittelbaren Willens und Aeußerung der Absicht? Denn liegt nicht darin, daß ich das Mittel kausire, eine Erklärung, daß ich die Folgen dieses Mittels beabsichtige?

Dem ist indeß gewiß nicht so. Denn einer gewöhnlichen Handlung ist nicht ohne Weiteres anzusehen, welche Absicht bei ihrer Kausation vorhanden war. Die Handlung ist etwas für sich allein Bestehendes, und sie trägt nicht innerlich die Absicht in sich — die Absicht, die mit ihr verknüpft ist, ist ihr an sich ganz fremd und gleichgiltig, und die Verknüpfung dieser Handlung mit dieser Absicht besteht nicht an sich, sondern nur in dem Inneren des handelnden Subjekts, welches diese Handlung als Mittel zur Erreichung der Absicht vorstellt und wählt. Die Erklärung aber ist, mit objektivem Maßstabe gemessen und ganz ohne Rücksicht auf das erklärende Subjekt, schon an sich in innerem Zusammenhang mit der Absicht, sie ist schon an sich, ganz abgesehen von ihrem Erfolge, der Spiegel, das sinnliche Zeichen der Absicht.

Um zusammenzufassen: dadurch unterscheidet sich also die Erklärungshandlung von jeder anderen Handlung, daß sie nicht

bloß Aeußerung des unmittelbaren Willens wie jede Handlung, sondern zugleich eine wahre Aeußerung des mittelbaren Willens, der Absicht ist, eine Erklärung des mittelbaren Willens, in diesem Sinne eine Willenserklärung.

Die Willenserklärung in diesem Sinne ist also Absichtserklärung, nicht etwa Erklärung des unmittelbaren Willens. Gerade diese Doppeldeutigkeit des Worts aber hat die größte Verwirrung hervorgebracht. Jede Handlung freilich ist die Aeußerung eines unmittelbaren Willens — dieser erschöpft sich eben, indem er in der Handlung nach Außen kommt —: indeß als Erklärung eines unmittelbaren Willens kann nicht jede angesehen werden, wenn man das Wort Erklärung in seinem streng unterscheidenden Sinne nimmt. Der Wille äußert oder verwirklicht sich in der Handlung, und indem er sich erfüllt, schwindet er schon wieder; er ist schon nicht mehr da, sobald er wirklich ist. Hingegen die zu erklärende Absicht ist in der Handlung selbst noch nicht erfüllt, sondern erst in einem Erfolg der Handlung, bleibt also trotz der Handlung noch als unverwirklicht stehen. Eine Handlung kann Erklärung des zur gleichen Zeit in einer anderen Handlung sich äußernden Willens sein, ich kann schreiben und zugleich sagen: ich schreibe; dann liegen zwei Handlungen vor, von denen die eine der anderen gegenüber deklaratorische Bedeutung hat. Nur in den seltensten Fällen aber kann eine Handlung zugleich Erklärung und Ausführung eines und desselben Willens sein, nämlich nur dann, wenn die unmittelbar gewollte Handlung sich zugleich als Erklärungsmittel qualifizirt. Wenn Jemand um seine Lungen zu üben schreit, und zwar die Worte schreit, er schreie mit Willen, dann liegt die Erklärung eines unmittelbaren Willens zugleich in der Aeußerung dieses Willens. Wir aber haben es hier mit Erklärungen des mittelbaren Willens, Absichtserklärungen zu thun,

und diese sind gemeint, wenn weiterhin einfach von Willenserklärungen gesprochen wird.

Dieser psychologischen Betrachtung muß eine kurze juristisch-logische Betrachtung folgen, um von dem Begriff der Willenserklärung überhaupt zu dem besonderen Begriffe der juristischen Willenserklärung hinüberzuführen. Welches Begriffsmoment muß hinzugefügt werden, damit dieser besondere Begriff aus jenem allgemeineren werde?

Diese Ableitung ist m. E. nicht zu finden, wenn nicht mit dem Gedanken Ernst gemacht wird, daß die Welt des Rechts nach Analogie der natürlichen Welt zu denken ist. Rechtliche Beziehungen sind nichts Körperliches, sondern etwas lediglich in der Vorstellung Existirendes. Dieselben Denkoperationen aber, die wir anwenden, um den Stoff der sinnlichen Erfahrung zu bewältigen, vollziehen wir analog auch bei der Bildung der Rechtsbegriffe und Rechtssätze. Wir denken die Rechte als in der Rechtswelt existirende Substanzen, die für die Rechtswelt ebenso real sind wie die Körper für die natürliche Welt; wir denken diese Rechte als entstehend, vergehend, sich verändernd nach dem Gesetz der Kausalität, indem wir dieses Gesetz der realen sowohl psychischen wie physischen Welt auf die von uns geschaffene Rechtswelt anwenden. Wir sprechen demgemäß auch für die rechtlichen Erscheinungen von Ursachen und Wirkungen.

Alles dies sind rein logische Operationen, die wir an erst von uns geschaffenen gedachten Objekten vornehmen — aber gerade wie wir die natürliche Welt in der Denkform der Kausalität auffassen, so auch die Rechtswelt; das πρῶτον ψεῦδος mancher neueren Doktrinen beruht darin, daß sie, diese logischen Formen als willkürliche selbst willkürlich bei Seite schiebend, gleichsam das juristische Ding an sich suchen wollen — sie selbst machen sich damit jede eigentlich juristische Erkennt-

niß unmöglich, weil das juristische Denken eben nur in der Anwendung jener logischen Formen besteht.

Wie in der Natur an das Zusammentreten bestimmter Zustände und Ereignisse eine Wirkung durch das Naturgesetz geknüpft ist, so auch knüpft das Rechtsgesetz an bestimmte Thatsachen Rechtswirkungen an. Solch ein Komplex von Thatsachen, die zusammen die vollständige juristische Ursache einer gewissen juristischen Wirkung bilden, ist ein juristischer Thatbestand.

Nach verschiedenen Richtungen lassen sich die juristischen Thatbestände gliedern und sind sie gegliedert worden. Von besonderer Wichtigkeit erscheinen diejenigen, in denen die Handlung einer Person Thatbestandsmoment ist. Das Recht knüpft an eine Handlung oder an einen Erfolg der Handlung juristische Folgen — z. B. Straffolge und Schadensersatzpflicht — an. Es kann hier die Absicht in dem oben erörterten Sinne als Thatbestandsmoment setzen, d. h. es sagt: die Rechtsfolge tritt nur ein, wenn der Erfolg der Handlung beabsichtigt war. Wohlverstanden ist es hierbei völlig indifferent, ob auch die Rechtsfolge, welche ihrerseits eine Folge des Erfolgs der Handlung ist, beabsichtigt war oder nicht: diese Rechtsfolge tritt ein unabhängig von der Absicht des Handelnden, sie ist eine nothwendige Rechtsfolge [18]).

Nun ist es der Mensch, dessentwillen alles Recht in letzter Reihe da ist. Seine Interessen sind es, welche durch die Schöpfung des Rechts Befriedigung und Sicherung verlangen; es ist daher selbstverständlich, daß ihm auf die Gestaltung seines Rechtskreises Einfluß gestattet wird. Diesen Einfluß kann er in einer doppelten Weise haben, unmittelbar und mittelbar. Mittelbar: denn die Person kann durch geschickte Benutzung der Rechtskausalität eine begehrte Rechtsfolge herbeiführen, indem

18) Daher unrichtig Schloßmann, Vertrag S. 134 unten.

sie nämlich die Thatsachen verwirklicht, an deren Vorhandensein das objektive Recht eine Rechtswirkung geknüpft hat. Ich kann beispielsweise das Eigenthum an einer Sache untergehen lassen, indem ich die Sache selbst völlig zerstöre, weil das Recht an die völlige Zerstörung der Sache — wie es freilich nicht anders konnte — ohne Weiteres den Verlust des Eigenthums gebunden hat [19]).

Indeß dieser Weg Rechtswirkungen herbeizuführen ist doch nur ein kläglicher Ausweg, und wird den Zwecken des Rechts nicht entfernt gerecht. Eine leichtere Form mußte das Recht finden, um der Autonomie der Person für die Rechtswelt Rechnung zu tragen. Diese Form ist die Rechtsform der juristischen Willenserklärung. In der That wird von jedem Standpunkt aus zugegeben werden müssen, daß die sog. juristische Willenserklärung ihren praktischen Zweck nur darin hat, daß sie der Person die Möglichkeit geben soll, nach Belieben Rechtsfolgen herbeizuführen.

Wie aber dieser Zweck verwirklicht sei, ob ebenfalls auf jene mittelbare, ob auf eine andere unmittelbarere Weise, darüber sind die herrschende und die gegnerische Meinung so grundverschiedener Ansicht, daß es gerathen erscheint, vorerst eine einzige sich ganz aussprechen zu lassen.

Demnach führe ich zuerst einen Weg, der zu den Resultaten der herrschenden Theorie hinleitet.

Die praktische Funktion, der Zweck der Willenserklärung überhaupt ist bereits erörtert, ihren Mechanismus haben wir kennen gelernt. Wir brauchen jene Resultate nur auf juristisches Gebiet zu übertragen.

Wenn ich das Eintreten irgend einer physischen Thatsache begehre und selbst zu ihrer Kausation unfähig bin, so erkläre

19) Daher unrichtig Schloßmann S. 130 unten.

ich anderen Menschen, was ich begehre, und diese vielleicht werden mir dann helfen. Gerade so nun wie diese anderen Menschen stellt sich auch das objektive Recht zu mir. Es sagt mir: da Dir kein anderer als ich, das Gesetz selbst, helfen kann, so will ich es thun; erkläre was Du willst, und Du sollst es, soweit irgend angänglich, haben. Ich bin ja unbeschränkt in meinem Können, soweit meine Welt, die Rechtswelt, reicht; und so sage ich denn: ich werde allen Deinen Wünschen nach irgend welchen Rechtswirkungen, sofern sie sich in gewissen Grenzen halten, die ich Dir bezeichnen werde, nachkommen: Du hast nur nöthig zu sagen, welche Rechtsfolge den Inhalt Deines Begehrens bildet.

Indem das Recht so spricht, erweitert es die Kausationsfähigkeit des Subjekts um ein fast unermeßliches Gebiet; nun erst verwirklicht es in Wahrheit die rechtliche Freiheit der Person, denn sie sagt ihm, nicht bloß die physische Natur stehe ihm als Objekt seiner Einwirkung, als Schauplatz für die Bethätigung seiner Freiheit gegenüber, sondern auch die ganze Welt der Rechte. Wie weit das objektive Recht dem Willen der Person Autonomie geben will, das kann bestritten sein: daß es ihm überhaupt Autonomie gibt, ist unerläßlich; kein Recht wird anders handeln. In diesen aus der Natur des Rechts als der Interessenordnung der Menschen unmittelbar herfließenden Zwecken liegt schließlich die ganze unvergängliche Bedeutung der juristischen Willenserklärungen und zugleich auch die einzige wahre innere Rechtfertigung ihres Bestehens.

Die Autonomie der Person im Privatrecht wird, in einer Formel ausgedrückt, immer darin bestehen müssen, daß das Begehrtsein einer Rechtsfolge durch eine Person vom objektiven Recht zum Thatbestandsmoment für den Eintritt dieser Rechtsfolge gemacht ist, mit anderem Ausdruck, daß das Eintreten

der Rechtsfolge in Abhängigkeit gesetzt ist von der auf dieses Eintreten gerichteten Absicht der Person.

Jene Aufgabe der aufgestellten Formel entsprechend technisch zu lösen, hat nun aber das Recht offenbar mehrere technische Wege. Es kann entweder das Begehrtsein der Rechtsfolge durch die Person für den Eintritt dieser Rechtsfolge genügend sein lassen — von diesem Falle soll weiter unten noch gesprochen werden — oder es kann neben dem Begehrtsein auch die Erklärung dieses Begehrtseins als Thatbestandsmoment setzen, und von diesem Normalfall soll hier zuerst die Rede sein.

Wenn die Erklärung Thatbestandsmoment ist, so kann das Recht wiederum zwei Standpunkte einnehmen.

Die Erklärung setzt an sich wesentlich zwei Personen voraus, die erklärende und diejenige, welcher erklärt wird. Demnach gehört eigentlich zur thatsächlichen Vollendung der Erklärung nicht bloß das Erklären auf der einen, sondern auch das Klarwerden auf der anderen Seite.

Bei einer gewöhnlichen Willenserklärung knüpft sich die Befriedigung meines Begehrens durch die Handlung des Anderen daran, daß der Andere mich auch wirklich verstanden habe. Das objektive Recht hingegen kann von diesem weiteren Erforderniß kraft seiner Souveränetät Abstand nehmen. Und so finden wir denn auch wirklich für gewöhnlich, daß das Recht die Wirksamkeit einer Willenserklärung nicht an ihr konkretes Verstandensein als Thatbestandsmoment knüpft; vielmehr macht es aus dem konkreten subjektiven Verstandensein ein abstraktes objektives Verständlichsein und degradirt das konkrete Verstandensein zur Bedingung für die Realisirbarkeit: es macht aus dem Thatbestandsmoment ein bloßes Beweismoment.

Es sei noch einmal betont: dies ist nur ein Unterschied in der technischen Behandlung oder wenn man will Formulirung Seitens des objektiven Rechts, keine sachliche Differenz. Eine

Pollicitation z. B., die von Niemandem gehört ist, bringt der Theorie nach eine giltige Verpflichtung zu Wege; praktisch aber ist sie so gut wie nicht vorhanden, denn Niemand ist außer dem Pollicitanten selbst da, der von der Pollicitation wüßte[20]); Jemand ist in einem Testament zum Erben eingesetzt, als heres necessarius hat er die Erbschaft ipso jure erworben — wenn aber das Testament ihm niemals bekannt geworden ist, so gilt praktisch jener der Theorie nach freilich eingetretene Erwerb so gut wie gar keiner. In richtiger Würdigung der Verhältnisse macht denn auch vielfach das Recht solche Momente zu bloßen die Realisirung bedingenden, nicht den Thatbestand selbst konstituirenden. Thatbestandsmomente für das Eintreten der Rechtsfolge sind dann: die äußere verständliche Erklärung, ferner bewußter Wille — denn es stehen nur Handlungen zur Betrachtung —, endlich die Absicht auf Herbeiführung der Rechtsfolge. Die Verständlichkeit der Erklärung ihrerseits wird, wie der Werth des Geldes, durch die Prägung bestimmt werden, welche die einzelnen Worte in der Entwicklung der Sprache erhalten haben. Demnach muß die Person, um den begehrten Rechtserfolg zu erreichen, sich sinnlicher Zeichen als Mittel bedienen; der Wille muß also zum unmittelbaren Wollen dieser Zeichen werden, in diesen und durch diese Zeichen will er ferner seinen Zweck. Denn das ist das Verhältniß zwischen Mittel und Zweck, daß das Mittel die Ursache des Zwecks ist, daß ich also, um den Zweck ursachlich zu erreichen, vorher das Mittel ursachlich erreicht, es verursacht haben muß. Mein Wille also, der die Erreichung eines bestimmten Zwecks

---

20) Schloßmann S. 145 ff. hat eine starke Polemik gegen die herrschende Lehre von der Pollicitation gerichtet. Was er von der angeblichen Widersinnigkeit eines solchen Instituts, wie die Pollicitation sein soll, sagt, beruht darauf, daß er die Modifikationen übersieht, welche der theoretische Thatbestand bei seiner praktischen Realisirung durch den Beweis erhält.

will, muß zuerst die Mittel wollen; er muß sich einen näheren Inhalt setzen; sein unmittelbarer Inhalt ist die Verwirklichung des Mittels, d. h. in unserem Fall: wer seine Absicht zu etwas äußern will, muß unmittelbar die Aeußerung, das gewählte sinnliche Zeichen wollen. Wenn ich also z. B. meinen Namen auf eine Schuldurkunde setze, so ist der unmittelbare Inhalt meines Willens das Schreiben dieses Namens. Ich nehme aber an, daß das Lesen dieser geschriebenen Buchstaben Seitens eines Anderen in diesem die Vorstellung erwecken wird, daß der Inhalt meiner Absicht, also der fernere, mittelbare Inhalt meines Willens der sei, mich so und so zu obligiren. Mein Wille geht demnach unmittelbar auf das Schreiben meines Namens, mittelbar aber darauf, daß dadurch die rechtliche Wirkung des Obligirtseins hervorgebracht werde.

Dieser Punkt darf noch einmal mit Energie hervorgehoben werden, denn in ihm liegt eine Quelle von Mißverständnissen bei den neueren Schriftstellern. Worauf geht meine Absicht, wenn ich eine Willenserklärung ausspreche? Bei der gewöhnlichen Willenserklärung geht sie auf einen äußeren Erfolg, z. B. Du sollst mir etwas geben; dazu ist aber nöthig, daß Du verstanden habest, was ich beabsichtige; demnach geht die Absicht erstens darauf, daß Du verstehst, zweitens daß Du demgemäß handelst. Ganz ebenso liegt es bei denjenigen Willenserklärungen, deren Verstandensein Thatbestandsmoment für das Eintreten der Rechtsfolge ist. Meine nähere Absicht geht dann auf das Verstandenwerden, meine fernere auf die Wirkung dieses Verstandenwerdens: die Rechtsfolge. Wo aber vom objektiven Recht das Verstandenwerden nicht als Thatbestandsmoment gesetzt ist, da braucht die Seele, welche den Rechtserfolg beabsichtigt, nicht zuerst dieses Verstandensein zu beabsichtigen: sie kann sich diesen Umweg sparen und direkt den Rechtserfolg beabsichtigen. Der Grundirrthum mancher Anhänger der neuen

Theorie beruht darin, daß sie als Inhalt der Absicht bei der gewöhnlichen juristischen Willenserklärung das Verstandenwerden der Erklärung Seitens einer anderen Person ansehen, wohingegen die Absicht unmittelbar das Eintreten der Rechtsfolge zu ihrem Inhalte hat. Es kann ja und wird fast immer bei solcher Beabsichtigung der Rechtsfolge auch das Verstandenwerden der Erklärung Seitens anderer Personen beabsichtigt sein: aber da dieses Verstandenwerden nicht Mittel zur Herbeiführung der Rechtsfolge ist, diese vielmehr auch ohne jenes Verstandenwerden eintritt, so ist sie eine juristisch irrelevante zweite Absicht, welche neben der juristisch relevanten (auf den Eintritt der Rechtsfolge zielenden) Absicht einhergeht. Die richtige Auffassung gerade dieses schwierigen Punktes darf für die ganze Frage nach dem Wesen der Willenserklärungen als präjudiziell behauptet werden.

Ganz anders muß die gegnerische Theorie die Willenserklärung auffassen. Sie will die Rechtsfolge eintreten lassen, welche nach dem objektiv beurtheilten Sinne der von dem Erklärenden gebrauchten sinnlichen Zeichen als begehrt erscheint, sofern dem Empfänger der Erklärung nicht die wahre Absicht des Erklärenden bekannt war oder bekannt sein mußte. Sie streicht also die Beabsichtigung der Rechtsfolge als Thatbestandsmoment. Demnach würden die Willenserklärungen sich von sonstigen juristischen Handlungen nicht unterscheiden, und wir stünden wieder auf jenem oben bezeichneten Standpunkte nur mittelbarer Kausationsfähigkeit des Subjekts[21]); das Recht würde nach dieser Ansicht sagen: ich trage dem Bedürfniß, der Person eine gewisse Kausationsfähigkeit auf dem Rechtsgebiet zu schaffen, dadurch Rechnung, daß ich die Rechtsfolge an einen Thatbestand binde, den die Person sehr leicht verwirklichen kann, nämlich an den Gebrauch

21) Am energischsten ist diese Anschauung bei Thon, Rechtsnorm S. 357. 358. 364 vertreten.

gewisser sinnlicher Zeichen und eine durch diesen Gebrauch in dem Destinatär der Willenserklärung erregte Vorstellung. Die Absicht der Person auf die Rechtsfolge ist hierbei gleichgiltig; zum Thatbestand wird nicht die Absicht, sondern nur die Handlung erfordert.

Freilich drängt sich ganz unabweislich sofort der Einwand auf: eine wahre Autonomie hat die Person also doch nicht, und sie muß nur immer auf ihrer Hut sein, daß sie ja nicht zufällig und absichtslos jenen Thatbestand verwirklicht, an welchen das Fatum des Rechts die Rechtsfolge geknüpft hat. In noch verstärktem Maße aber wird dieses Bedenken rege, wenn wir der gegnerischen Theorie weiter folgen. Sie will nicht nur die Absicht als Thatbestandsmoment streichen, sondern sogar den bewußten Willen[22]) — selbst ob dieser vorhanden ist oder nicht, soll gleichwerthig sein: es kommt Alles darauf an, ob jene sinnlichen Zeichen, wenn auch unbewußt oder ungewollt, gebraucht sind, und ob der Empfänger der Willenserklärung die Zeichen schuldloser Weise als bewußt gewollt und die Rechtsfolge als beabsichtigt ansah. Auch wer sich versprach, hat doch versprochen und ist an sein Wort gebunden.

Es würden hiernach die Willenserklärungen gemäß der gegnerischen Meinung nicht einmal juristische Handlungen sein, da deren Erfordernisse für die Willenserklärungen nicht vorhanden zu sein brauchen, und sie würden mit sonstigen zufälligen Ereignissen juristisch in eine Reihe treten.

Ziehen wir das Resultat. Daß beide Meinungen — die, welche hier vertheidigt wird, die, welche die Gegner vertreten — psychologisch und logisch möglich sind, kann nicht bezweifelt werden. Nichts läßt sich Entscheidendes gegen die Gegner von diesen Standpunkten vorbringen, höchstens das doch rein termino-

22) Nicht so weit scheint Thon S. 360 Note 69 gehen zu wollen.

logische Bedenken, ob sie berechtigt seien, für die von ihnen erforderten Thatbestände den Namen „Willenserklärung" zu gebrauchen. Ebensowenig aber dürfen die Gegner hoffen, uns irgendwie auf dem Felde dieser logisch-psychologischen Erörterungen auch nur den geringsten Vortheil abzugewinnen. Indeß meinen sie es doch zu können, und deshalb hoffe ich den Leser nicht zu ermüden, wenn ich von den beiden gewonnenen Standpunkten aus, von dem psychologischen wie dem logischen, die Beweisführung einiger der neueren Gegner unserer Theorie beleuchte.

Es war oben gezeigt, daß mit Wille zwei ganz verschiedene psychische Vorgänge von verschiedenem Inhalt bezeichnet werden. Die Gegner operiren mit diesem Begriff des Willens; aber weil sie das im Wort Zusammengefaßte entweder überhaupt nicht genügend trennen oder doch über das psychologische Wesen der Phänomene, die man Willen nennt, in unklaren Anschauungen befangen sind, kommen sie zu unrichtigen Aufstellungen.

Kohler insbesondere braucht im Vorder- und im Untersatz das Wort „Wille" in seinen beiden verschiedenen Bedeutungen als gleichwerthig, und kommt durch solche quaternio terminorum zu dem abenteuerlichen Resultat, daß die thatsächlich im Subjekt vorhandene und die in der Erklärung nach objektivem Maßstab erscheinende Absicht nicht auseinandergehen können.

„Es ist schlechterdings unmöglich", sagt er[23]), insbesondere auf die Mentalreservation eingehend, „daß eine Willensaktion sich bewußtermaßen widerspricht, daß sie bewußtermaßen eine Erklärung ohne Wille zu Tage fördert, ... ebenso unmöglich als es ist, daß der Mörder zugleich seinen Streich führt und zugleich nicht führt." Der Fehlschluß liegt auf der

23) in der oben Note 9 cit. Abhandlung S. 94; s. überhaupt S. 90—95. Gegen ihn vgl. auch Thon Kap. VII Note 59 u. 70.

Hand. Daß dieselbe Person zu gleicher Zeit den gleichen Streich führt und nicht führt, ist unmöglich, einfach nach dem Satze der Identität; aber daß Jemand den tödtlichen Streich führt und doch nicht die Absicht zu tödten hat, das ist sehr wohl möglich; Jemand kann den Willen zu einer Handlung haben und doch nicht die Folgen wollen, welche der Naturlauf an die Handlung anknüpft; ebenso aber kann er die Worte: „ich verspreche Dir" willentlich aussprechen und doch nicht die Absicht haben, daß diejenige Rechtsfolge eintrete, deren Begehrtsein nach dem objektiven Sinn der gebrauchten sinnlichen Zeichen aus denselben folgen würde. Nicht Wille und Wille stehen in Widerspruch, sondern der unmittelbare Wille und die Absicht, insofern, als hinter dem unmittelbaren Willen nicht die Absicht steht, deren Vorhandensein vermuthet werden darf. Das Wollen kann dem Wollen nicht widersprechen; als ich die Erklärungsworte sprach, habe ich gewollt. Folglich kann ich nicht zugleich nicht-gewollt haben. Da ist der Fehlschluß: denn das erste Wollen bezieht sich auf die unmittelbare Handlung, das zweite auf die Folgen der Handlung.

Auch Schall will „aus den unumstößlichen Grundsätzen der menschlichen Erkenntnißtheorie" [24]) den einzig möglichen Begriff der Willenserklärung ableiten. Indeß die psychologische Basis, von der er ausgeht, ist unrichtig, daher trotz seiner eindringenden und dem Richtigen oft nahe kommenden Arbeit irrige Resultate. Statt Wille i. e. S. und Absicht zu unterscheiden, trennt er folgendermaßen [25]): in jeder Handlung äußere sich ein auf die Handlung gerichteter Wille (voluntas z. B. eundi, loquendi, scribendi). Anders sei es bei der bloßen Willenserklärung. Diese habe „gerade umgekehrt ein nicht kausales Wollen, eine Willensbestimmung, den bloßen

24) in der oben Note 7 cit. Schrift S. 46.

25) S. 12 ff.

Beschluß des Subjektes, daß etwas geschehen solle, zum Gegenstand und eine Mittheilung von dem Vorhandensein dieser Willensbestimmung zum Inhalt" (S. 13). Diese Willensbestimmung nennt Schall consilium; von ihr könne man durchaus nicht sagen, sie äußere sich in der Handlung (S. 15). Bei dieser Willensbestimmung handle es sich „um eine bloße Abstraktion, um ein unfaßbares metaphysisches Etwas, nicht um ein Agens" (S. 16). Daraus schließt er dann, daß diese „Willensbestimmung" nicht das wesentlich den Rechtserfolg Wirkende sein könne (S. 17).

Wie wenig berechtigt nun dieser Schluß ist, mag aus dem Vorhergehenden erhellen. Jene Gegenübersetzung von „Gegenstand" und „Inhalt" der Willenserklärung ist ganz dunkel; die Willensbestimmung scheint das zu umfassen, was wir Absicht nennen, und zugleich jene dem Fertigwerden der Absicht vorangehenden inneren Strebungen, die nichts als völlig unverbindliche Vorverhandlungen sind. Endlich verkennt Schall ganz, daß der Inhalt der Absicht nicht die bloße Mittheilung von dem Vorhandensein dieser Absicht, sondern die Herbeiführung eines als beabsichtigt erklärten Rechtserfolges ist.

Mit dieser ungenügenden Unterscheidung zwischen Wille und Absicht geht bei Schall wie bei Schloßmann eine völlig schiefe Auffassung der im Recht sich vollziehenden Kausalität Hand in Hand. So fragt Schall (S. 17): „Wie soll man es sich denn vorstellen, daß dieser Wille Anknüpfungspunkt für rechtliche Folgen dadurch werden könne, daß sein Vorhandensein in der erwähnten Weise geoffenbart wird?" Darauf ist zu antworten, daß sich die Kausalität selbst in der Natur so wenig wie im Recht vorstellen läßt. Wir beobachten immer nur, daß zwei Erscheinungen regelmäßig auf einander folgen, und indem wir dieses post hoc in ein propter hoc verwandeln, sprechen wir von Kausalität. Kausalität ist ein Verhält-

nißbegriff und läßt die Frage nach einem weiteren Wie? gar nicht zu. Das Recht stellt bestimmte Erfordernisse als Thatbestand für das Eintreten der Rechtswirkung auf: dieses Eintreten geschieht nun kraft der einmaligen Satzung durch das Gesetz fürderhin mit unausweichlicher Nothwendigkeit.

Belehrend ist es, dem Gedankengange Schloßmann's über den gleichen Punkt zu folgen. Er merkt sehr wohl, daß der Wille beim Rechtsgeschäft, an den die herrschende Theorie die Rechtsfolge gebunden sein läßt, nicht der Wille zur Handlung, sondern ein Wille anderen Inhalts ist. Das war ein guter Schritt vorwärts. Er findet sogar [26]), daß dieser andere Wille „die künftige Realisirung eines Gewollten" zum Inhalt habe, z. B. für den Käufer: Herbeiführung des Erfolgs seines Obligirtseins. Hier war er dem rechten Ziel ganz nahe, und doch schlägt er sich noch seitwärts. Denn anstatt nun zu sagen: also ist dieser andere Wille der auf den Erfolg der Handlung gerichtete mittelbare Wille, die den Kriminalisten längst bekannte Absicht, und der Erfolg, auf den sich diese Absicht gerichtet hat, ist eine Rechtsfolge, meint er, dieser andere Wille sei nichts „als ein Wunsch, freilich ein höchst merkwürdiger Wunsch" [27]). Als ob man bloß noch wünscht, sobald man handelt, um durch die Handlung den begehrten Erfolg herbeizuführen! Man braucht diese Handlung als Mittel eines nothwendig aus ihr hervorgehenden Erfolgs, man beabsichtigt, man wünscht nicht bloß. Aber Schloßmann verschließt sich diese einfache Erkenntniß, weil er nicht sieht, daß z. B. das „Obligirtsein" für die Rechtswelt und in der Rechtswelt ein ebenso wirklicher Erfolg ist, wie etwa das Todtsein des Gemordeten in der natürlichen Welt. Nein, sagt er, dieser

26) S. 136.

27) Auch Thon spricht irriger Weise von Wunsch. S. 359 ff. Richtig daselbst Note 66 erste Hälfte.

Wunsch geht darauf: „ich will die Möglichkeit herbeiführen, daß ich zu der Leistung gezwungen werde, wenn ich nicht freiwillig leiste." „Einen solchen Wunsch könnte etwa nur Jemand hegen, der von sich nicht ganz sicher ist, daß er später noch Gerechtigkeitssinn genug in sich haben werde, sein Versprechen auch zu erfüllen, und der deshalb ein äußeres Mittel zum Schutz gegen die eigne Schwäche wünschte. Charaktere, in denen Unzuverlässigkeit und Gewissenhaftigkeit sich in dieser Weise mischen, dürften kaum existiren." [28]).

Aber nicht darauf geht die Absicht, eventuell gezwungen werden zu können, sondern darauf, eine Rechtsänderung in der Welt des Rechts zu begründen, und zwar bei der Obligation eine Verpflichtung und ein dieser Verpflichtung entsprechendes Recht zu schaffen [29]). Daß die Verwirklichung dieses Rechts eventuell durch den Exekutor besorgt wird, gehört gar nicht hierher — das ist eine aus dem Obligirtsein mit rechtlicher Nothwendigkeit beim Vorhandensein gewisser anderer Umstände später sich ergebende Folge. Und warum der Einzelne dieses Obligirtsein, das so drastisch auftretende Folgen wie die Einmischung eines Exekutors haben kann, beabsichtigt? Weil er anders nicht die wirthschaftlichen Erfolge erreichen kann als durch dieses rechtliche Mittel, weil ihm der Verkäufer sonst die Cigarren nicht überliefern würde, die er zu rauchen wünscht, und sich aus dem Genuß der vortrefflichen Cigarren eine Annehmlichkeit verspricht, welche die Unannehmlichkeit des Obligirtseins zur Zahlung des Kaufpreises überwiegt. Sache gegen

28) S. 137.

29) Dies übersieht auch Hölder (Note 6 cit.) S. 177, wenn er fragt: „wie sollte die Thatsache, daß ich etwas will, bewirken können, daß ich auch wider meinen Willen daran gebunden bin? Nicht deshalb bin ich zu einer Leistung verbunden, weil ich verbindlich sein will." Gewiß nicht, sondern deshalb weil ich in dem Augenblick der Erklärung die Absicht hatte, eine Verpflichtung zu begründen.

Verpflichtung, sagt der Kaufmann; also verpflichtet sich der Käufer. Die Absicht obligirt zu sein und die Absicht die Obligation später auch wirklich zu erfüllen, können sehr wohl auseinandergehen, die erste kann vorhanden sein, und doch mag schon in dem verbrecherischen Cigarrenkäufer der leider nur zu häufige Entschluß feststehen, die übernommene Verpflichtung nie zu erfüllen und sich dem drohenden Exekutor durch Wohnungs- und Namensänderung und sonstige Mittel des Gaunerraffinements zu entziehen. Dies Beides nun verwechselt Schloßmann. Ob der Versprechende, so sagt er S. 99, „auch den Willen hatte, das Versprochene zu thun oder verpflichtet zu sein, ist völlig gleichgiltig." Das Erstere ist gewiß gleichgiltig, das Zweite keineswegs. Und so ist denn auch das römische Wort zu verstehen: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare [30]).

---

30) l. 17 § 3 D. commod. 13, 6. Wie sehr dieser Gegensatz von voluntas und necessitas die Quellen beherrscht, mag hier schon vorweg belegt werden, und zwar ausführlich, denn diese Citate sind zugleich ebenso viel Beweise dafür, daß das Prinzip der herrschenden Lehre auch das der Quellen ist. Man lese die ganze l. 17 § 3 cit., ferner l. 22 § 11 D. mand. 17, 1: sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet. Dazu § 11 J. de mand. 3, 26, und Cicero pro Sex. Roscio Amerino § 112: quid recipis mandatum etc. Ferner

l. 5 C. de O. et A. 4, 10: sicut initio libera potestas unicuique est habendi vel non habendi contractus, ita renuntiare semel constitutae obligationi adversario non consentiente minime potest. quapropter intellegere debetis voluntariae obligationi semel vos nexos ab hac . . . minime posse discedere.

l. 7 § 1 D. qui satisdare cog. 2, 8: qui ipse sibi necessitatem satisdationis imposuit.

l. 36 § 1 D. de jud. 5, 1: cum sua sponte sibi hanc obligationem contraxerit.

Hierhin auch l. 9 D. de curat. fur. 27, 10: sicut enim integra re potestas ipsorum est utrum velint eligendi, ita cum alterum elegerint, altero abstinere debent.

Schloßmann selbst[31]) nimmt in einer nicht kleinen Zahl von Fällen die Wirksamkeit des juristischen Willens i. w. S. an, nämlich bei allen letztwilligen Verfügungen, insbesondere auch der Bestellung des Tutors, bei der Eigenthumstradition, der Manumission, der Errichtung, Vermehrung und Aufhebung des peculium profecticium, beim precarium und endlich regelmäßig beim Erwerb von Rechten. Aber, meint er, wie anders gestaltet sich auch in diesen Fällen die Sache! „Die beabsichtigte Wirkung kann nur dann eintreten, wenn der auf sie gerichtete Wille bis zu dem Momente, wo sie eintreten soll, fortgedauert hat“; also insbesondere hemmt die Willensänderung hier die Rechtswirkung, bei anderen Thatbeständen nicht[32]). Gewiß auch da gerade ebenso. Bevor ich handle, ist überhaupt kein wahrer Wille, sondern nur ein „ich möchte“ vorhanden, dieses „ich möchte“ kann sich bei den obligatorischen Verträgen so gut wie beim Traditionsvertrag in ein „ich möchte nicht“ verwandeln: in dem Moment aber, wo man handelt, also die Absicht erklärt, kommt es darauf an, daß die Absicht vorhanden sei. Dieser Moment ist auch bei den gewöhnlichen obligatorischen Willenserklärungen derselbe wie z. B. bei der

---

So sprechen denn auch die Quellen häufig von einer necessitas, die in Folge des Vertrags für den Versprechenden entstehe, s. z. B. l. 35 pr. § 1 § 5 b C. de donat. 8, 53. In diesem Sinne endlich ist der Justinianische Ausspruch in der l. 35 cit. § 5 c. richtig:

> cum enim in arbitrio cujuscumque sit hoc facere quod instituit, oportet eum vel minime ad hoc prosilire vel, cum ad hoc venire properavit, non quibusdam excogitatis artibus suum propositum defraudare . . .,

eine Stelle, die Schloßmann vergebens lächerlich zu machen gesucht hat. Man vgl. dazu die ähnliche l. 22 § 1 C. ad SC. Vellej. 4, 29:

> sin autem post biennium haec fecerit, sibi imputet, si, quod saepius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed ultro firmavit.

31) S. 92—99.

32) S. 95.

wie man gemeinhin annimmt, daß eine große Reihe der von den Gegnern beigebrachten Fälle auch von der herrschenden Lehre so entschieden werden müssen, wie Jene sie entscheiden wollen, und daß der ganze Streit erst auf dem viel engeren Gebiet, zu dessen Abgrenzung wir jetzt schreiten, zum Stehen kommt.

1. Gar nicht in den Zusammenhang unserer Frage gehören zuerst die Fälle, wo der Widerruf einer Willenserklärung oder der Tod des Erklärenden gegen denjenigen nicht wirkt, der bona fide, ohne von dem Widerruf oder dem Tod zu wissen, gemäß der ersten Willenserklärung gehandelt hat[34]). Zur Betrachtung herausgehoben sei der von Bähr und Windscheid angeführte Fall, „wo ein Gläubiger seinen Willen dahin erklärt, daß sein Schuldner mit befreiender Wirkung einem Dritten leisten dürfe, dann seinen Willen zurücknimmt oder stirbt, und der Schuldner in Unkenntniß dieser Thatsachen dem Dritten dennoch leistet. Der Schuldner wird hier nach der Entscheidung der Quellen frei" [35]). Man sagt, in solchen Fällen sei „die Thatsache der Erklärung stehen geblieben, aber die Erklärung sei des in ihr enthaltenen Willens entleert worden" [36]), es liege also eine Differenz zwischen dem Sein des Willens und dem Schein der Erklärung vor, und doch wirke diese Erklärung, oder, wie Bähr sagt, es werde ein in der That nicht vorhandener Wille fingirt.

Man trübt sich die richtige Auffassung des in diesen Fällen stattfindenden Verhältnisses durch den unklaren Begriff des Zurücknehmens oder Fortfallens des Willens. Daß ein Nichtgeschehenmachen einer einmal geschehenen Thatsache unmöglich sei

34) Röver S. 5—8. Bähr S. 401—402. Windscheid S. 19—23.

35) Windscheid S. 19.

36) Windscheid S. 5.

— diese Wahrheit ist fast zu trivial, als daß sie noch ausgesprochen werden dürfte. Wo jener Ausdruck gebraucht wird, da meint man damit, daß eine zweite Thatsache der Wirkung der ersten ein Ende macht. So trivial diese Wahrheit indeß ist, so sehr hat man sie doch bei der Erklärung der angezogenen Gruppe von Fällen außer Acht gelassen, so sehr ist sie doch geeignet, diese richtige Erklärung zu geben. Das Recht verlangt zum Eintritt einer gewissen Rechtswirkung das Vorhandensein eines Thatbestandes, zu dem auch eine auf jene Rechtswirkung gerichtete Willenserklärung gehört. Diese Willenserklärung wird mit der erforderten Absicht gemacht, alle übrigen Voraussetzungen liegen vor, und die Rechtswirkung tritt ein. Die Erklärung — die ja nur ein rasch vorübereilender Vorgang war und kein Zustand — ist längst dahin, und doch besteht die Wirkung noch; auch die Absicht auf die Rechtswirkung, welche bei der Abgabe der Erklärung vorhanden sein mußte, ist wieder geschwunden, die Wirkung aber ist noch da, — der einfache Satz, den die Beobachtung der Erscheinungen fortwährend lehrt, daß die Ursache fortfallen kann und die Wirkung doch fortdauert: in Folge des einmaligen Anstoßes, der doch nur momentan ist, rollt die gestoßene Kugel eine Zeit lang, und sie würde bis in die ungemessene Ewigkeit hin rollen, wenn nicht andere Ursachen ihren Lauf beendigten.

So also ist die durch eine juristische Absichtserklärung hervorgebrachte Rechtswirkung nicht abhängig von der Fortdauer der Absicht, daß diese Rechtswirkung bestehen solle — eine solche Absicht ist überhaupt etwas Undenkbares, denn ich kann nicht beabsichtigen, daß etwas, was ist, sei; ich kann höchstens beabsichtigen, den Eintritt von Beendigungsursachen zu hemmen.

Die sogen. Zurücknahme des Willens ist also eine neue Willenserklärung, die im Verein mit gewissen Voraussetzungen eine neue Rechtswirkung erzeugt; diese neue Rechtswirkung ist

dieselbe wie die erste, nur mit dem Minus-Zeichen, d. h. sie ist Aufhebung der durch die erste Willenserklärung eingetretenen Rechtswirkung; diese neue Willenserklärung unterliegt also ihrerseits den Erfordernissen jeder Willenserklärung und zudem den besonderen Erfordernissen, welche das Recht gerade in diesem Fall statuiren zu müssen geglaubt hat.

In der Gestaltung dieses zweiten Thatbestandes ist das objektive Recht ganz frei. Wie es vielfach den Beginn des Ablaufs einer Frist für eine bestimmte Person unter Anderem an eine scientia dieser Person knüpft (a die scientiae), so kann es auch in unserem Falle die zweite Rechtswirkung, welche in einer Tilgung der ersten Rechtswirkung besteht, an das Wissen einer Person knüpfen. Wir brauchen die Fälle, in denen zur Wirksamkeit einer Willenserklärung unter anderen Voraussetzungen auch das Wissen des Erklärungsempfängers von der Erklärung gehört, hier nicht einzeln aufzuführen, da sie alle nicht in den Zusammenhang dieser Untersuchung gehören. Nur darauf kommt es an, und das sei noch einmal betont: es ist völlig gleichgiltig, ob diese Willenserklärung, zu deren Wirksamkeit das Wissen des Empfängers gehört, eine erste, anfängliche Willenserklärung oder ob sie eine zweite ist, durch welche der Erklärende die Wirkungen der ersten tilgen will. Bis zu dem Moment, in dem diese Willenserklärung wirksam wird, weil alle vom Recht erforderten Thatbestandsmomente verwirklicht sind, bleibt — was eigentlich ein lediglich tautologischer Satz ist — der frühere Rechtszustand bestehen; ob dieser frühere Rechtszustand seinerseits durch eine erste Willenserklärung herbeigeführt war oder nicht, ist eine für die gesonderte Betrachtung jener erstgenannten Rechtsänderung indifferente Thatsache.

Es war gesagt, das Recht setze zur Wirksamkeit der zweiten Willenserklärung das Wissen einer gewissen Person von

dieser Willenserklärung als Thatbestandsmoment. Das läßt sich auch anders ausdrücken. An früherer Stelle (S. 376) ist schon bemerkt, daß das Recht mehrere technische Wege hat, um die Autonomie der Person in der Rechtswelt herzustellen. Es kann der bloßen Absicht Wirksamkeit zusprechen — davon ist hier nicht die Rede —, oder es kann die Absicht und ihre Erklärung erfordern. Für die Vollendung dieser Erklärung nun kann es sich genügen lassen mit dem bloßen objektiven Verständlichsein derselben, oder es verlangt ein subjektives Verstandensein. Diesen letzteren Weg hat es in den hier zur Betrachtung herausgehobenen Fällen wirklich eingeschlagen: es erfordert neben Absicht und Erklärung auch Wissen des Empfängers von der Erklärung; oder m. a. W. die Erklärung, wie sie in diesen Fällen zur Herbeiführung der Wirkung erforderlich ist, ist erst in dem Moment vollendet, mithin eine wahre Erklärung im Sinne dieses Rechtssatzes, wo sie in das Bewußtsein des Empfängers kommt, also die Klarheit über das, was der Erklärende beabsichtigt, in dem Anderen, dem Empfänger, entstanden ist; vorher ist sie so wenig existent, wie die gewöhnliche Willenserklärung es in dem Zeitraume ist, der nöthig war, um die gewollte körperliche Bewegung hervorzubringen; der Entschluß kann auf dem Wege, den er durchwandern muß, um zu seiner vollen äußeren Verwirklichung zu kommen, abirren oder gar ganz ersterben, entweder noch bevor er überhaupt das Licht des Tages gesehen (man denke z. B. an das Sichversprechen und das plötzliche Nichtsprechenkönnen bei gewissen Störungen der körperlichen Funktionen), oder auf dem weiteren Wege, den er in der Tasche des Boten, auf Wagen und Schiff oder auf dem schwanken Draht des Telegraphen zu durcheilen hat. Der ausgesandte Bote hat den Brief, der die Willenserklärung enthielt, im Wald verloren, und so kommt er nie an den Adressaten — die Willenserklärung hat sich also auf ihrem Wege verirrt; der

Ueberbringer der Erklärung hat auf der langen Reise, die er zu machen hatte, völlig vergessen, was ihm aufgetragen war; der Telegraphendraht ist zerrissen, und Niemand nahm auf einsamem Felde die Zeichen des geschäftigen Funkens wahr; das Schiff ist untergegangen, und das Wasser hat die Schrift des Briefes verlöscht — die Willenserklärung ist in all diesen Fällen unterwegs erstorben.

So nun auch ist die Willenserklärung, durch welche die Wirkung einer früheren Willenserklärung zurückgenommen werden soll, in vielen Fällen nach der Bestimmung des objektiven Rechts nicht eher existent, als bis sie in das Bewußtsein dessen gekommen ist, den sie angeht.

Daß die hier vertretene Auffassung der Fälle der Zurücknahme einer Willenserklärung die logisch zutreffende ist, scheint auch die gleiche Behandlung des Todes derjenigen Person zu beweisen, von der die erste Willenserklärung ausgieng. Die vorhandene Rechtswirkung besteht so lange, bis ein neuer Thatbestand eintritt, der ihr ein Ende macht. Wie dort dieser neue Thatbestand in einer neuen Willenserklärung im gewöhnlichen Sinn und dem Wissen einer anderen Person von dieser neuen Willenserklärung besteht, so besteht hier der neue Thatbestand in dem Tode des Urhebers der ersten Willenserklärung und dem Wissen einer anderen Person von diesem Tode, m. a. W. der neue Thatbestand ist nicht schon vollendet mit dem Tode selbst, sondern erst mit dem Wissen von dem Tode.

Wo es eben dem objektiven Recht zweckdienlich scheint, gestaltet es den Thatbestand in dieser Weise — gegen ein Prinzip kann damit selbstverständlich nicht verstoßen werden; so finden wir denn im römischen Recht auch andere Fälle, in denen jene scientia nicht erfordert wird[37]), weil es aus Gründen, die

37) l. 4 pr. D. de man. vind. 40, 2. l. 47 und 48 D. de A. v. O. H. 29, 2. l. 7 D. de div. 24, 2. Regelsberger, Erörterungen I S. 15.

nicht hier zu erörtern sind, von jenem Erforderniß Abstand nehmen zu müssen glaubte. Daß diese anderen Fälle vorkommen, kann darum auch nicht einen Widerspruch gegen die in den ersteren Fällen wirksamen gesetzgeberischen Gedanken enthalten.

Eingeräumt muß freilich werden, daß die römischen Juristen die hier behandelten Fälle nicht so konstruiren, wie es hier geschehen ist. Aber wenn irgend etwas unbestritten sein sollte, so ist es dies, daß uns die Konstruktion der römischen Juristen nicht bindet. Der logische Grundgedanke der Rechtskausalität ist von ihnen nicht klar und entschieden erfaßt, mindestens nicht durchgängig verwerthet worden. Sie stellen in unserer Frage den Satz in die Mitte: mandatum, si revocatum fuerit, evanescit, und si mors interveniat, solvitur mandatum [38]); und führen dann den Satz, daß die Wirksamkeit des Mandats andauere bis zur Kenntnißnahme von der Zurückziehung desselben oder dem Tode des Mandanten, als Zweckmäßigkeitsmodifikation dieser Regel ein: sed utilitatis causa receptum est, obgleich freilich wiederum in vielen anderen Stellen das Fortwirken der ersten Rechtswirkung auf das Nichtwissen gestützt wird ohne Andeutung, daß dies gegen ein eingebildetes Prinzip verstoße.

Welches nun die Fälle sind, in denen das römische Recht zur Aufhebung einer durch eine Willenserklärung hervorgebrachten Rechtswirkung neben einer als Hauptaufhebungsursache zu bezeichnenden Thatsache (neue Willenserklärung, Tod u. s. w.) noch das Wissen einer anderen Person — und welcher? — von dieser Thatsache verlange, ob insbesondere die Beschränkung, welche Windscheid a. a. O. S. 21 macht, geboten sei oder nicht: alle diese interessanten Fragen müssen für eine andere Untersuchung zurückgestellt werden, da sie mit dem Problem,

38) § 9. 10 J. de mand. 3, 26.

Ueberbringer der Erklärung hat auf der langen Reise, die er zu machen hatte, völlig vergessen, was ihm aufgetragen war; der Telegraphendraht ist zerrissen, und Niemand nahm auf einsamem Felde die Zeichen des geschäftigen Funkens wahr; das Schiff ist untergegangen, und das Wasser hat die Schrift des Briefes verlöscht — die Willenserklärung ist in all diesen Fällen unterwegs erstorben.

So nun auch ist die Willenserklärung, durch welche die Wirkung einer früheren Willenserklärung zurückgenommen werden soll, in vielen Fällen nach der Bestimmung des objektiven Rechts nicht eher existent, als bis sie in das Bewußtsein dessen gekommen ist, den sie angeht.

Daß die hier vertretene Auffassung der Fälle der Zurücknahme einer Willenserklärung die logisch zutreffende ist, scheint auch die gleiche Behandlung des Todes derjenigen Person zu beweisen, von der die erste Willenserklärung ausgieng. Die vorhandene Rechtswirkung besteht so lange, bis ein neuer Thatbestand eintritt, der ihr ein Ende macht. Wie dort dieser neue Thatbestand in einer neuen Willenserklärung im gewöhnlichen Sinn und dem Wissen einer anderen Person von dieser neuen Willenserklärung besteht, so besteht hier der neue Thatbestand in dem Tode des Urhebers der ersten Willenserklärung und dem Wissen einer anderen Person von diesem Tode, m. a. W. der neue Thatbestand ist nicht schon vollendet mit dem Tode selbst, sondern erst mit dem Wissen von dem Tode.

Wo es eben dem objektiven Recht zweckdienlich scheint, gestaltet es den Thatbestand in dieser Weise — gegen ein Prinzip kann damit selbstverständlich nicht verstoßen werden; so finden wir denn im römischen Recht auch andere Fälle, in denen jene scientia nicht erfordert wird[37]), weil es aus Gründen, die

37) l. 4 pr. D. de man. vind. 40, 2. l. 47 und 48 D. de A. v. O. H. 29, 2. l. 7 D. de div. 24, 2. Regelsberger, Erörterungen I S. 15.

nicht hier zu erörtern sind, von jenem Erforderniß Abstand nehmen zu müssen glaubte. Daß diese anderen Fälle vorkommen, kann darum auch nicht einen Widerspruch gegen die in den ersteren Fällen wirksamen gesetzgeberischen Gedanken enthalten.

Eingeräumt muß freilich werden, daß die römischen Juristen die hier behandelten Fälle nicht so konstruiren, wie es hier geschehen ist. Aber wenn irgend etwas unbestritten sein sollte, so ist es dies, daß uns die Konstruktion der römischen Juristen nicht bindet. Der logische Grundgedanke der Rechtskausalität ist von ihnen nicht klar und entschieden erfaßt, mindestens nicht durchgängig verwerthet worden. Sie stellen in unserer Frage den Satz in die Mitte: mandatum, si revocatum fuerit, evanescit, und si mors interveniat, solvitur mandatum [38]; und führen dann den Satz, daß die Wirksamkeit des Mandats andauere bis zur Kenntnißnahme von der Zurückziehung desselben oder dem Tode des Mandanten, als Zweckmäßigkeitsmodifikation dieser Regel ein: sed utilitatis causa receptum est, obgleich freilich wiederum in vielen anderen Stellen das Fortwirken der ersten Rechtswirkung auf das Nichtwissen gestützt wird ohne Andeutung, daß dies gegen ein eingebildetes Prinzip verstoße.

Welches nun die Fälle sind, in denen das römische Recht zur Aufhebung einer durch eine Willenserklärung hervorgebrachten Rechtswirkung neben einer als Hauptaufhebungsursache zu bezeichnenden Thatsache (neue Willenserklärung, Tod u. s. w.) noch das Wissen einer anderen Person — und welcher? — von dieser Thatsache verlange, ob insbesondere die Beschränkung, welche Windscheid a. a. O. S. 21 macht, geboten sei oder nicht: alle diese interessanten Fragen müssen für eine andere Untersuchung zurückgestellt werden, da sie mit dem Problem,

38) § 9. 10 J. de mand. 3, 26.

Wenn nun der Erklärende sich über den Inhalt der Urkunde oder der Vertragsbedingungen geirrt hat: ist seine Erklärung dann nichtig, oder gilt trotzdem der Inhalt der Urkunde, gelten trotzdem jene Vertragsbedingungen?

Bezüglich des ersten Falles (Irrthum über den Inhalt der Urkunde) hat Windscheid die m. E. richtige Antwort gegeben; diese Antwort scheint aber einer abstrakteren Formulirung fähig zu sein und zu bedürfen, so daß sie zugleich auch auf die anderen beiden Fälle paßt. Die Entscheidung lautet ganz konsequent gemäß dem Prinzip: keine Rechtsfolge, wo keine Absicht. Aber trotz des Irrthums kann und wird die Absicht doch sehr häufig vorliegen, die Rechtsfolge also doch eintreten: nur ist diese Absicht dann eine eigenthümlich geartete. Gewiß wird es nicht selten vorkommen, daß wer eine Urkunde unterschreibt ohne sie zu lesen, denjenigen Inhalt zu erklären beabsichtigt, welcher in der Urkunde geschrieben ist, sei er wie er sei; und daß, wer mit einem Anderen kontrahirt und weiß, daß derselbe seine Vertragsbedingungen irgendwie vorher bekannt gemacht habe, mit diesem auf die veröffentlichten Bedingungen hin kontrahirt, seien sie wie sie seien. Die Absicht ist in solchem Fall nicht auf einen individuell und konkret bestimmten Rechtserfolg gerichtet, sondern auf denjenigen Rechtserfolg, der dem Inhalt der unterschriebenen Urkunde, der den Vertragsbedingungen der anderen Partei gemäß ist. Es wird erlaubt sein, die juristische Absicht in dieser Gestalt mit einem kriminalistischen Ausdruck „unbestimmte Absicht" zu nennen; die Wirksamkeit einer derartigen Absicht ist auch sonst im Recht der Willenserklärungen anerkannt: man denke neben anderen Fällen nur z. B. an den jactus missilium (Vertrag mit einer unbestimmten Person,

‚promitto', breviter videris in eandem diem aut condicionem spopondisse: nec enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quae stipulator expresserit.

quia vult quod quisque exceperit ejus esse l. 9 § 7 D. de A. R. D. 41, 1, incertae personae voluerit eas esse l. 5 § 1 D. pro der. 41, 7). Die nähere Ausführung dieses Gedankens muß hier unterbleiben.

Jene Unbestimmtheit der Absicht kann mehr oder minder groß sein, sie kann einen mehr oder minder weiten Kreis von Rechtsfolgen umfassen; immer umfaßt sie jede einzelne der zu diesem Kreise gehörigen Rechtsfolgen, und immer bleibt es wahr, daß diese — individuell gar nicht vorgestellte — Rechtsfolge doch beabsichtigt sei. Es verträgt sich mit dem Vorhandensein dieser unbestimmten Absicht sogar sehr wohl ein Irrthum über die Rechtsfolge: man meint zwar, die Urkunde habe diesen Inhalt, aber auch wenn dies nicht der Fall sein solle, will man doch konsentiren. Und gerade diese Gestalt der Sache ist im Leben nicht selten. Der Handlungschef, der die von seinem Korrespondenten geschriebenen Geschäftsbriefe unterschreibt, ohne sie zu lesen, weiß sehr genau, daß er dadurch alles das, was geschrieben ist, sei es was es sei, als von ihm selbst geschrieben gelten läßt; er erkauft sich die Bequemlichkeit nicht zu lesen mit der Unsicherheit der Haftung aus unbestimmter Absicht; er wird zweifellos diese unbestimmte Absicht, welche jeden möglichen Inhalt des Briefs (vielleicht indeß doch mit einigen Beschränkungen) umfaßt, in sich hegen, weil er sonst den Kredit seines Geschäfts untergraben würde [43]).

Wo indeß diese unbestimmte Absicht nicht vorliegt, da ist auch der Erklärende an das nicht gebunden, was als beabsichtigt fälschlich erscheint: sowohl bei der Unterschrift einer ungelesenen Urkunde als auch in den anderen angeführten Fällen; und so entscheiden denn auch auf das bestimmteste die römischen Quellen. Windscheid beruft sich mit vollem Recht auf l. 5 (nicht

43) Dadurch erledigt sich der Einwand von Schloßmann S. 116—117.

Wenn nun der Erklärende sich über den Inhalt der Urkunde oder der Vertragsbedingungen geirrt hat: ist seine Erklärung dann nichtig, oder gilt trotzdem der Inhalt der Urkunde, gelten trotzdem jene Vertragsbedingungen?

Bezüglich des ersten Falles (Irrthum über den Inhalt der Urkunde) hat Windscheid die m. E. richtige Antwort gegeben; diese Antwort scheint aber einer abstrakteren Formulirung fähig zu sein und zu bedürfen, so daß sie zugleich auch auf die anderen beiden Fälle paßt. Die Entscheidung lautet ganz konsequent gemäß dem Prinzip: keine Rechtsfolge, wo keine Absicht. Aber trotz des Irrthums kann und wird die Absicht doch sehr häufig vorliegen, die Rechtsfolge also doch eintreten: nur ist diese Absicht dann eine eigenthümlich geartete. Gewiß wird es nicht selten vorkommen, daß wer eine Urkunde unterschreibt ohne sie zu lesen, denjenigen Inhalt zu erklären beabsichtigt, welcher in der Urkunde geschrieben ist, sei er wie er sei; und daß, wer mit einem Anderen kontrahirt und weiß, daß derselbe seine Vertragsbedingungen irgendwie vorher bekannt gemacht habe, mit diesem auf die veröffentlichten Bedingungen hin kontrahirt, seien sie wie sie seien. Die Absicht ist in solchem Fall nicht auf einen individuell und konkret bestimmten Rechtserfolg gerichtet, sondern auf denjenigen Rechtserfolg, der dem Inhalt der unterschriebenen Urkunde, der den Vertragsbedingungen der anderen Partei gemäß ist. Es wird erlaubt sein, die juristische Absicht in dieser Gestalt mit einem kriminalistischen Ausdruck „unbestimmte Absicht“ zu nennen; die Wirksamkeit einer derartigen Absicht ist auch sonst im Recht der Willenserklärungen anerkannt: man denke neben anderen Fällen nur z. B. an den jactus missilium (Vertrag mit einer unbestimmten Person,

‚promitto‘, breviter videris in eandem diem aut condicionem spopondisse: nec enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quae stipulator expresserit.

quia vult quod quisque exceperit ejus esse l. 9 § 7 D. de A. R. D. 41, 1, incertae personae voluerit eas esse l. 5 § 1 D. pro der. 41, 7). Die nähere Ausführung dieses Gedankens muß hier unterbleiben.

Jene Unbestimmtheit der Absicht kann mehr oder minder groß sein, sie kann einen mehr oder minder weiten Kreis von Rechtsfolgen umfassen; immer umfaßt sie jede einzelne der zu diesem Kreise gehörigen Rechtsfolgen, und immer bleibt es wahr, daß diese — individuell gar nicht vorgestellte — Rechtsfolge doch beabsichtigt sei. Es verträgt sich mit dem Vorhandensein dieser unbestimmten Absicht sogar sehr wohl ein Irrthum über die Rechtsfolge: man meint zwar, die Urkunde habe diesen Inhalt, aber auch wenn dies nicht der Fall sein solle, will man doch konsentiren. Und gerade diese Gestalt der Sache ist im Leben nicht selten. Der Handlungschef, der die von seinem Korrespondenten geschriebenen Geschäftsbriefe unterschreibt, ohne sie zu lesen, weiß sehr genau, daß er dadurch alles das, was geschrieben ist, sei es was es sei, als von ihm selbst geschrieben gelten läßt; er erkauft sich die Bequemlichkeit nicht zu lesen mit der Unsicherheit der Haftung aus unbestimmter Absicht; er wird zweifellos diese unbestimmte Absicht, welche jeden möglichen Inhalt des Briefs (vielleicht indeß doch mit einigen Beschränkungen) umfaßt, in sich hegen, weil er sonst den Kredit seines Geschäfts untergraben würde [43]).

Wo indeß diese unbestimmte Absicht nicht vorliegt, da ist auch der Erklärende an das nicht gebunden, was als beabsichtigt fälschlich erscheint: sowohl bei der Unterschrift einer ungelesenen Urkunde als auch in den anderen angeführten Fällen; und so entscheiden denn auch auf das bestimmteste die römischen Quellen. Windscheid beruft sich mit vollem Recht auf l. 5 (nicht

43) Dadurch erledigt sich der Einwand von Schloßmann S. 116—117.

4) C. plus valere 4, 22 und l. 10 C. de don. 8, 53[44]); man darf l. 18 C. de probat. 4, 19 und l. 2 C. de reb. al. non al. 4, 51[45]) hinzufügen: nach all diesen Stellen wird dem Inhalt einer Urkunde, auf welchen die Absicht des Erklärenden nicht gerichtet war, die Rechtswirkung abgesprochen.

Wir kommen also zu dem Resultat: Bei der betrachteten Gruppe von Fällen kann auch nach der herrschenden Lehre Giltigkeit der Willenserklärung vorliegen, nämlich überall da, wo die Kategorie der unbestimmten Absicht Anwendung findet; diese Entscheidung verstößt nicht gegen das Prinzip, bestätigt dasselbe vielmehr, da von der unbestimmten Absicht jede in dem Kreis dieser Absicht liegende Rechtsfolge mit umfaßt wird. Wo hingegen diese unbestimmte Absicht nicht vorliegt, entscheiden wir prinzipgemäß für die Nichtigkeit der Erklärung; diese Entscheidung wird, freilich nur für den Fall, wo es sich um die Unterschreibung einer Urkunde, über deren Inhalt man sich eine falsche Vorstellung gemacht hat, auch von den Quellen ausdrücklich bestätigt.

4. Was die Mentalreservation[46]) betrifft, so kann wohl als ausgemacht gelten, daß ihr — mit Ausnahme vielleicht ganz besonderer Fälle — eine juristische Bedeutung nach römischem Recht nicht zukommt. Darin liegt zweierlei. Vor

---

44) Röver S. 45 sucht aus den Worten dieser Stelle: de quo non cogitasti nec specialiter subscripsisti darzuthun, daß dieselbe nicht für uns beweise. Indeß mit Unrecht. Wenn Jemand unter eine Urkunde noch einmal eigenhändig den Hauptinhalt der Urkunde und dann seinen Namen schreibt, so kann er nicht behaupten, daß er gemeint habe, die Urkunde enthalte etwas Anderes, als sie wirklich enthält. Der Irrthum über den Inhalt der unterschriebenen Urkunde ist in solchem Fall gewiß undenkbar.

45) vgl. auch l. 2 C. de emanc. 8, 48.

46) Regelsberger S. 18. Röver S. 4. 49—58. Bähr S. 403—404. Schloßmann § 14. Kohler a. a. O. Windscheid S. 27—30.

Allem ist es selbstverständlich, daß die Mentalreservation keine positive (rechtserzeugende) Wirkung hat. Wenn man hinter dem Ausdruck einer juristischen Absicht eine andere verbirgt, so hat diese verborgene Absicht deshalb keine Rechtsfolge, weil das Thatbestandsmoment der Aeußerung der Absicht fehlt[47]). Diesem gewiß sehr seltnen Fall der einseitigen Mentalreservation, bei dem an Stelle der erklärten eine andere juristische Absicht vorhanden ist, steht der gewöhnlichere Fall gegenüber, daß die als vorhanden erklärte juristische Absicht nicht vorhanden ist, und für sie auch keine andere. Dieser zweite Fall verhält sich zum ersten so wie der Fall der scherzhaften zu dem der irrthümlichen Absichtserklärung. Es tritt also die Frage auf: kommt der Mentalreservation die negative Bedeutung zu, daß diejenige Rechtsfolge, welche als beabsichtigt erklärt ist, nicht eintritt?

Dem Prinzip der herrschenden Lehre gemäß scheint eine bejahende Antwort unvermeidlich. Daß man sich dieser Antwort nicht durch die Bemerkung entziehen könne, die Mentalreservation sei unbeweisbar, wird heute mehr und mehr anerkannt. Die Behauptung aber, daß sie in sich logisch unmöglich sei[48]) — eine Behauptung, die Angesichts des thatsächlichen Vorkommens der Mentalreservation seltsam genug klingt — ist bereits oben zurückgewiesen worden (S. 381). Dennoch sind wir nicht gezwungen, zu dem letzten Mittel zu greifen und eine Ausnahme zu statuiren[49]): die Quellen geben uns kein Recht dazu, und ein anderer Weg liegt viel näher, den bereits Schliemann[50])

---

47) Anders bei der Simulation. Hier ist die wahre Absicht immer irgendwie erklärt. S. unten Nr. 5.

48) Kohler S. 94—95.

49) Was Viele thun, siehe z. B. Wächter, Württ. Privatrecht II § 101 unter b. Czyhlarz in Ihering's Jahrbüchern XIII S. 20, jetzt auch Windscheid S. 30.

50) Die Lehre vom Zwange. Rostock 1861. S. 114—115.

dieselbe wie die erste, nur mit dem Minus-Zeichen, d. h. sie ist Aufhebung der durch die erste Willenserklärung eingetretenen Rechtswirkung; diese neue Willenserklärung unterliegt also ihrerseits den Erfordernissen jeder Willenserklärung und zudem den besonderen Erfordernissen, welche das Recht gerade in diesem Fall statuiren zu müssen geglaubt hat.

In der Gestaltung dieses zweiten Thatbestandes ist das objektive Recht ganz frei. Wie es vielfach den Beginn des Ablaufs einer Frist für eine bestimmte Person unter Anderem an eine scientia dieser Person knüpft (a die scientiae), so kann es auch in unserem Falle die zweite Rechtswirkung, welche in einer Tilgung der ersten Rechtswirkung besteht, an das Wissen einer Person knüpfen. Wir brauchen die Fälle, in denen zur Wirksamkeit einer Willenserklärung unter anderen Voraussetzungen auch das Wissen des Erklärungsempfängers von der Erklärung gehört, hier nicht einzeln aufzuführen, da sie alle nicht in den Zusammenhang dieser Untersuchung gehören. Nur darauf kommt es an, und das sei noch einmal betont: es ist völlig gleichgiltig, ob diese Willenserklärung, zu deren Wirksamkeit das Wissen des Empfängers gehört, eine erste, anfängliche Willenserklärung oder ob sie eine zweite ist, durch welche der Erklärende die Wirkungen der ersten tilgen will. Bis zu dem Moment, in dem diese Willenserklärung wirksam wird, weil alle vom Recht erforderten Thatbestandsmomente verwirklicht sind, bleibt — was eigentlich ein lediglich tautologischer Satz ist — der frühere Rechtszustand bestehen; ob dieser frühere Rechtszustand seinerseits durch eine erste Willenserklärung herbeigeführt war oder nicht, ist eine für die gesonderte Betrachtung jener erstgenannten Rechtsänderung indifferente Thatsache.

Es war gesagt, das Recht setze zur Wirksamkeit der zweiten Willenserklärung das Wissen einer gewissen Person von

dieser Willenserklärung als Thatbestandsmoment. Das läßt sich auch anders ausdrücken. An früherer Stelle (S. 376) ist schon bemerkt, daß das Recht mehrere technische Wege hat, um die Autonomie der Person in der Rechtswelt herzustellen. Es kann der bloßen Absicht Wirksamkeit zusprechen — davon ist hier nicht die Rede —, oder es kann die Absicht und ihre Erklärung erfordern. Für die Vollendung dieser Erklärung nun kann es sich genügen lassen mit dem bloßen objektiven Verständlichsein derselben, oder es verlangt ein subjektives Verstandensein. Diesen letzteren Weg hat es in den hier zur Betrachtung herausgehobenen Fällen wirklich eingeschlagen: es erfordert neben Absicht und Erklärung auch Wissen des Empfängers von der Erklärung; oder m. a. W. die Erklärung, wie sie in diesen Fällen zur Herbeiführung der Wirkung erforderlich ist, ist erst in dem Moment vollendet, mithin eine wahre Erklärung im Sinne dieses Rechtssatzes, wo sie in das Bewußtsein des Empfängers kommt, also die Klarheit über das, was der Erklärende beabsichtigt, in dem Anderen, dem Empfänger, entstanden ist; vorher ist sie so wenig existent, wie die gewöhnliche Willenserklärung es in dem Zeitraume ist, der nöthig war, um die gewollte körperliche Bewegung hervorzubringen; der Entschluß kann auf dem Wege, den er durchwandern muß, um zu seiner vollen äußeren Verwirklichung zu kommen, abirren oder gar ganz ersterben, entweder noch bevor er überhaupt das Licht des Tages gesehen (man denke z. B. an das Sichversprechen und das plötzliche Nichtsprechenkönnen bei gewissen Störungen der körperlichen Funktionen), oder auf dem weiteren Wege, den er in der Tasche des Boten, auf Wagen und Schiff oder auf dem schwanken Draht des Telegraphen zu durcheilen hat. Der ausgesandte Bote hat den Brief, der die Willenserklärung enthielt, im Wald verloren, und so kommt er nie an den Adressaten — die Willenserklärung hat sich also auf ihrem Wege verirrt; der

Ueberbringer der Erklärung hat auf der langen Reise, die er zu machen hatte, völlig vergessen, was ihm aufgetragen war; der Telegraphendraht ist zerrissen, und Niemand nahm auf einsamem Felde die Zeichen des geschäftigen Funkens wahr; das Schiff ist untergegangen, und das Wasser hat die Schrift des Briefes verlöscht — die Willenserklärung ist in all diesen Fällen unterwegs erstorben.

So nun auch ist die Willenserklärung, durch welche die Wirkung einer früheren Willenserklärung zurückgenommen werden soll, in vielen Fällen nach der Bestimmung des objektiven Rechts nicht eher existent, als bis sie in das Bewußtsein dessen gekommen ist, den sie angeht.

Daß die hier vertretene Auffassung der Fälle der Zurücknahme einer Willenserklärung die logisch zutreffende ist, scheint auch die gleiche Behandlung des Todes derjenigen Person zu beweisen, von der die erste Willenserklärung ausgieng. Die vorhandene Rechtswirkung besteht so lange, bis ein neuer Thatbestand eintritt, der ihr ein Ende macht. Wie dort dieser neue Thatbestand in einer neuen Willenserklärung im gewöhnlichen Sinn und dem Wissen einer anderen Person von dieser neuen Willenserklärung besteht, so besteht hier der neue Thatbestand in dem Tode des Urhebers der ersten Willenserklärung und dem Wissen einer anderen Person von diesem Tode, m. a. W. der neue Thatbestand ist nicht schon vollendet mit dem Tode selbst, sondern erst mit dem Wissen von dem Tode.

Wo es eben dem objektiven Recht zweckdienlich scheint, gestaltet es den Thatbestand in dieser Weise — gegen ein Prinzip kann damit selbstverständlich nicht verstoßen werden; so finden wir denn im römischen Recht auch andere Fälle, in denen jene scientia nicht erfordert wird[37]), weil es aus Gründen, die

37) l. 4 pr. D. de man. vind. 40, 2. l. 47 und 48 D. de A. v. O. H. 29, 2. l. 7 D. de div. 24, 2. Regelsberger, Erörterungen I S. 15.

nicht hier zu erörtern sind, von jenem Erforderniß Abstand nehmen zu müssen glaubte. Daß diese anderen Fälle vorkommen, kann darum auch nicht einen Widerspruch gegen die in den ersteren Fällen wirksamen gesetzgeberischen Gedanken enthalten.

Eingeräumt muß freilich werden, daß die römischen Juristen die hier behandelten Fälle nicht so konstruiren, wie es hier geschehen ist. Aber wenn irgend etwas unbestritten sein sollte, so ist es dies, daß uns die Konstruktion der römischen Juristen nicht bindet. Der logische Grundgedanke der Rechtskausalität ist von ihnen nicht klar und entschieden erfaßt, mindestens nicht durchgängig verwerthet worden. Sie stellen in unserer Frage den Satz in die Mitte: mandatum, si revocatum fuerit, evanescit, und si mors interveniat, solvitur mandatum [38]); und führen dann den Satz, daß die Wirksamkeit des Mandats andauere bis zur Kenntnißnahme von der Zurückziehung desselben oder dem Tode des Mandanten, als Zweckmäßigkeitsmodifikation dieser Regel ein: sed utilitatis causa receptum est, obgleich freilich wiederum in vielen anderen Stellen das Fortwirken der ersten Rechtswirkung auf das Nichtwissen gestützt wird ohne Andeutung, daß dies gegen ein eingebildetes Prinzip verstoße.

Welches nun die Fälle sind, in denen das römische Recht zur Aufhebung einer durch eine Willenserklärung hervorgebrachten Rechtswirkung neben einer als Hauptaufhebungsursache zu bezeichnenden Thatsache (neue Willenserklärung, Tod u. s. w.) noch das Wissen einer anderen Person — und welcher? — von dieser Thatsache verlange, ob insbesondere die Beschränkung, welche Windscheid a. a. O. S. 21 macht, geboten sei oder nicht: alle diese interessanten Fragen müssen für eine andere Untersuchung zurückgestellt werden, da sie mit dem Problem,

---

38) § 9. 10 J. de mand. 3, 26.

dessen Lösung diese Abhandlung anstrebt, wie schon oben bemerkt, in nicht dem mindesten Zusammenhang stehen; und es darf mit dem Resultat geschlossen werden: in der hier behandelten Gruppe von Fällen liegt keine Willenserklärung vor, bei der der Schein dem Sein widerspricht, sondern es ist eine völlig normale gewollte Erklärung einer Absicht vorhanden gewesen, und in Folge dessen ist die beabsichtigte Rechtsfolge eingetreten. Ein zweiter Thatbestand erzeugt die Aufhebung dieser ersten Rechtsfolge: zu diesem zweiten Thatbestand gehört auch das Wissen einer bestimmten Person, und daher tritt die Aufhebung der ersten Rechtsfolge nicht ein, bevor dieses Wissen entstanden ist. Diese Entscheidung ist also nicht im Stande, das Prinzip der herrschenden Lehre zu erschüttern, steht vielmehr ganz auf dem Boden dieser herrschenden Theorie.

2.[39]) Nicht alle im Gefolge einer Willenserklärung eintretenden Rechtsfolgen sind von der Partei oder den Parteien vorher beabsichtigt. Entweder haben die Parteien unterlassen, gewisse sich aus dem angesponnenen Verhältniß ergebende Fragen zu normiren: da in solchem Fall doch eine Entscheidung nothwendig ist, gibt sie das objektive Recht ein für alle Mal, gemäß der aus längerer Beobachtung als muthmaßlich vorhanden erschlossenen Absicht der Parteien. Oder das objektive Recht hat bestimmt, daß, wenn gewisse Rechtsfolgen nach der Absicht der Parteien eintreten, sich an dieselben mit Nothwendigkeit gewisse andere Rechtsfolgen anknüpfen[40]): in der Macht der Partei steht es, die erste Rechtsfolge zu verwirklichen, wenn aber diese erste Rechtsfolge einmal verwirklicht ist, so tritt die zweite von selbst, auch ohne oder gegen den Willen des Urhebers der ersten Rechtsfolge ein; man könnte sagen: er kann nur beide oder gar keine beabsichtigen. Ob ich Feuer anzünde oder

39) Hierüber vortrefflich Kohler S. 106. 108.

40) vgl. Thon S. 362—363.

nicht, das steht in meiner Macht; aber daß das einmal entzündete Feuer auch Licht und Wärme entwickelt, das ist meiner Macht enthoben.

Es finden sich also freilich im Gefolge der frei gewählten, frei gesetzten Rechtsfolgen auch nothwendige — aber da diese von der Absicht der Partei eben überhaupt unabhängig sind, so kann ihr Eintreten nicht als Beweis dafür gelten, daß für die Wirksamkeit einer Willenserklärung keine auf die Rechtsfolge gerichtete Absicht erforderlich sei: die ersten Rechtsfolgen müssen eben doch beabsichtigt sein, und das Prinzip der herrschenden Lehre bleibt wiederum in voller Geltung.

3. Eine weitere Reihe von Fällen bleibt zur Untersuchung[41]). Jemand unterschreibt eine Urkunde, deren Inhalt er nicht gekannt hat; er kontrahirt mit einer öffentlichen Anstalt, welche die Bedingungen ihrer Vertragsschließung vorher veröffentlicht hat, er bietet auf einer öffentlichen Versteigerung mit, und vor seinem Kommen waren, was Sitte ist, die gestellten besonderen Verkaufsbedingungen durch Vorlesen bekannt gemacht; er aber kennt diese Vertragsbedingungen nicht.

Alle diese Fälle haben einen gleichen Charakter. Jemand erklärt seine Absicht durch Zeichen, deren Bedeutung erst aus vorhergehenden Um- und Zuständen erkannt werden muß. Präsumtiv umfaßt die Namensunterschrift unter der Urkunde den ganzen Inhalt des Schriftstücks; präsumtiv mag auch das einfache „ich kaufe“, „ich willige ein“ gegenüber der öffentlichen Anstalt und dem Versteigerer die sämmtlichen näheren Bestimmungen umfassen, welche von der Anstalt oder dem Versteigerer vorher als Vertragsbedingungen ausgesprochen sind: das Ja auf eine fremde Frage enthält normaler Weise den ganzen Inhalt der Frage in sich[42]).

41) Windscheid S. 24—27. Bähr S. 402—403 Nr. 4. 5. 6.
42) cf. § 5 J. de inut. stip. 3, 19: nam si hoc solum respondeas

Wenn nun der Erklärende sich über den Inhalt der Urkunde oder der Vertragsbedingungen geirrt hat: ist seine Erklärung dann nichtig, oder gilt trotzdem der Inhalt der Urkunde, gelten trotzdem jene Vertragsbedingungen?

Bezüglich des ersten Falles (Irrthum über den Inhalt der Urkunde) hat Windscheid die m. E. richtige Antwort gegeben; diese Antwort scheint aber einer abstrakteren Formulirung fähig zu sein und zu bedürfen, so daß sie zugleich auch auf die anderen beiden Fälle paßt. Die Entscheidung lautet ganz konsequent gemäß dem Prinzip: keine Rechtsfolge, wo keine Absicht. Aber trotz des Irrthums kann und wird die Absicht doch sehr häufig vorliegen, die Rechtsfolge also doch eintreten: nur ist diese Absicht dann eine eigenthümlich geartete. Gewiß wird es nicht selten vorkommen, daß wer eine Urkunde unterschreibt ohne sie zu lesen, denjenigen Inhalt zu erklären beabsichtigt, welcher in der Urkunde geschrieben ist, sei er wie er sei; und daß, wer mit einem Anderen kontrahirt und weiß, daß derselbe seine Vertragsbedingungen irgendwie vorher bekannt gemacht habe, mit diesem auf die veröffentlichten Bedingungen hin kontrahirt, seien sie wie sie seien. Die Absicht ist in solchem Fall nicht auf einen individuell und konkret bestimmten Rechtserfolg gerichtet, sondern auf denjenigen Rechtserfolg, der dem Inhalt der unterschriebenen Urkunde, der den Vertragsbedingungen der anderen Partei gemäß ist. Es wird erlaubt sein, die juristische Absicht in dieser Gestalt mit einem kriminalistischen Ausdruck „unbestimmte Absicht" zu nennen; die Wirksamkeit einer derartigen Absicht ist auch sonst im Recht der Willenserklärungen anerkannt: man denke neben anderen Fällen nur z. B. an den jactus missilium (Vertrag mit einer unbestimmten Person,

---

‚promitto', breviter videris in eandem diem aut condicionem spopondisse: nec enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quae stipulator expresserit.

quia vult quod quisque exceperit ejus esse l. 9 § 7 D. de A. R. D. 41, 1, incertae personae voluerit eas esse l. 5 § 1 D. pro der. 41, 7). Die nähere Ausführung dieses Gedankens muß hier unterbleiben.

Jene Unbestimmtheit der Absicht kann mehr oder minder groß sein, sie kann einen mehr oder minder weiten Kreis von Rechtsfolgen umfassen; immer umfaßt sie jede einzelne der zu diesem Kreise gehörigen Rechtsfolgen, und immer bleibt es wahr, daß diese — individuell gar nicht vorgestellte — Rechtsfolge doch beabsichtigt sei. Es verträgt sich mit dem Vorhandensein dieser unbestimmten Absicht sogar sehr wohl ein Irrthum über die Rechtsfolge: man meint zwar, die Urkunde habe diesen Inhalt, aber auch wenn dies nicht der Fall sein solle, will man doch konsentiren. Und gerade diese Gestalt der Sache ist im Leben nicht selten. Der Handlungschef, der die von seinem Korrespondenten geschriebenen Geschäftsbriefe unterschreibt, ohne sie zu lesen, weiß sehr genau, daß er dadurch alles das, was geschrieben ist, sei es was es sei, als von ihm selbst geschrieben gelten läßt; er erkauft sich die Bequemlichkeit nicht zu lesen mit der Unsicherheit der Haftung aus unbestimmter Absicht; er wird zweifellos diese unbestimmte Absicht, welche jeden möglichen Inhalt des Briefs (vielleicht indeß doch mit einigen Beschränkungen) umfaßt, in sich hegen, weil er sonst den Kredit seines Geschäfts untergraben würde [43]).

Wo indeß diese unbestimmte Absicht nicht vorliegt, da ist auch der Erklärende an das nicht gebunden, was als beabsichtigt fälschlich erscheint: sowohl bei der Unterschrift einer ungelesenen Urkunde als auch in den anderen angeführten Fällen; und so entscheiden denn auch auf das bestimmteste die römischen Quellen. Windscheid beruft sich mit vollem Recht auf l. 5 (nicht

43) Dadurch erledigt sich der Einwand von Schloßmann S. 116—117.

4) C. plus valere 4, 22 und l. 10 C. de don. 8, 53 [44]); man darf l. 18 C. de probat. 4, 19 und l. 2 C. de reb. al. non al. 4, 51 [45]) hinzufügen: nach all diesen Stellen wird dem Inhalt einer Urkunde, auf welchen die Absicht des Erklärenden nicht gerichtet war, die Rechtswirkung abgesprochen.

Wir kommen also zu dem Resultat: Bei der betrachteten Gruppe von Fällen kann auch nach der herrschenden Lehre Giltigkeit der Willenserklärung vorliegen, nämlich überall da, wo die Kategorie der unbestimmten Absicht Anwendung findet; diese Entscheidung verstößt nicht gegen das Prinzip, bestätigt dasselbe vielmehr, da von der unbestimmten Absicht jede in dem Kreis dieser Absicht liegende Rechtsfolge mit umfaßt wird. Wo hingegen diese unbestimmte Absicht nicht vorliegt, entscheiden wir prinzipgemäß für die Nichtigkeit der Erklärung; diese Entscheidung wird, freilich nur für den Fall, wo es sich um die Unterschreibung einer Urkunde, über deren Inhalt man sich eine falsche Vorstellung gemacht hat, auch von den Quellen ausdrücklich bestätigt.

4. Was die Mentalreservation [46]) betrifft, so kann wohl als ausgemacht gelten, daß ihr — mit Ausnahme vielleicht ganz besonderer Fälle — eine juristische Bedeutung nach römischem Recht nicht zukommt. Darin liegt zweierlei. Vor

---

44) Röver S. 45 sucht aus den Worten dieser Stelle: de quo non cogitasti nec specialiter subscripsisti darzuthun, daß dieselbe nicht für uns beweise. Indeß mit Unrecht. Wenn Jemand unter eine Urkunde noch einmal eigenhändig den Hauptinhalt der Urkunde und dann seinen Namen schreibt, so kann er nicht behaupten, daß er gemeint habe, die Urkunde enthalte etwas Anderes, als sie wirklich enthält. Der Irrthum über den Inhalt der unterschriebenen Urkunde ist in solchem Fall gewiß undenkbar.

45) vgl. auch l. 2 C. de emanc. 8, 48.

46) Regelsberger S. 18. Röver S. 4. 49—58. Bähr S. 403—404. Schloßmann § 14. Kohler a. a. O. Windscheid S. 27—30.

Allem ist es selbstverständlich, daß die Mentalreservation keine positive (rechtserzeugende) Wirkung hat. Wenn man hinter dem Ausdruck einer juristischen Absicht eine andere verbirgt, so hat diese verborgene Absicht deshalb keine Rechtsfolge, weil das Thatbestandsmoment der Aeußerung der Absicht fehlt[47]). Diesem gewiß sehr seltnen Fall der einseitigen Mentalreservation, bei dem an Stelle der erklärten eine andere juristische Absicht vorhanden ist, steht der gewöhnlichere Fall gegenüber, daß die als vorhanden erklärte juristische Absicht nicht vorhanden ist, und für sie auch keine andere. Dieser zweite Fall verhält sich zum ersten so wie der Fall der scherzhaften zu dem der irrthümlichen Absichtserklärung. Es tritt also die Frage auf: kommt der Mentalreservation die negative Bedeutung zu, daß diejenige Rechtsfolge, welche als beabsichtigt erklärt ist, nicht eintritt?

Dem Prinzip der herrschenden Lehre gemäß scheint eine bejahende Antwort unvermeidlich. Daß man sich dieser Antwort nicht durch die Bemerkung entziehen könne, die Mentalreservation sei unbeweisbar, wird heute mehr und mehr anerkannt. Die Behauptung aber, daß sie in sich logisch unmöglich sei[48]) — eine Behauptung, die Angesichts des thatsächlichen Vorkommens der Mentalreservation seltsam genug klingt — ist bereits oben zurückgewiesen worden (S. 381). Dennoch sind wir nicht gezwungen, zu dem letzten Mittel zu greifen und eine Ausnahme zu statuiren[49]): die Quellen geben uns kein Recht dazu, und ein anderer Weg liegt viel näher, den bereits Schliemann[50])

---

47) Anders bei der Simulation. Hier ist die wahre Absicht immer irgendwie erklärt. S. unten Nr. 5.

48) Kohler S. 94—95.

49) Was Viele thun, siehe z. B. Wächter, Württ. Privatrecht II § 101 unter b. Czyhlarz in Ihering's Jahrbüchern XIII S. 20, jetzt auch Windscheid S. 30.

50) Die Lehre vom Zwange. Rostock 1861. S. 114—115.

gewiesen hat. Nicht von dem Prinzip ist eine Ausnahme gemacht, das wäre unnöthig, sondern das Prinzip korrigirt sich in dem Stadium seiner praktischen Verwirklichung. Die Mentalreservation involvirt stets eine Lüge, und diese Lüge ist — vielleicht abgesehen von ganz besonderen Fällen [51]) — immer eine Unsittlichkeit; die klagende oder vertheidigende Anführung einer für den Anführenden unsittlichen Thatsache zur Begründung von Rechten oder Abweisung fremder Ansprüche wird im Prozeß ignorirt, und nicht in den Fällen der Mentalreservation allein cessiren anerkannte Grundsätze wegen der turpitudo. Man wendet hiergegen ein [52]), daß dann die Mentalreservation im Fall eines Zwanges wirksam sein müßte, weil die Täuschung als Gegenwehr erlaubt sei [53]). Gewiß kann man so denken und so argumentiren. Aber das stolze Volk eines Mucius Scävola, eines Fabricius, eines Cato dachte und argumentirte anders. Etsi coactus tamen voluit — das ist ein Stück römischen Charakters: selbst gegenüber dem Zwange ist die Lüge doch immer noch eine Lüge, immer noch des römischen Mannes unwürdig, und darum ließen die Römer auch gegenüber dem Zwange die Einrede der Mentalreservation als unsittlich nicht zu [54]). Ich halte das für römische Anschauung, durch eine Berufung auf die entgegengesetzte ethische Auffassung von Schopenhauer wird jene natürlich nicht aus dem Wege geräumt.

Die Unwirksamkeit der Mentalreservation bietet also — das ist das Resultat — freilich der Sache nach eine Ausnahme

51) Windscheid S. 30. Vgl. jedoch unten Note 54.

52) Kohler S. 96—97.

53) Dies ist in der That der Standpunkt Schliemann's a. a. O. S. 120. S. auch Savigny, System III S. 261.

54) Daher ist es denn auch nicht nöthig, in l. 6 § 7 D. de A. v. O. H. 29, 2 eine wirksame Mentalreservation zu finden, wie die herrschende Meinung thut. Windscheid S. 30. Kohler S. 121—125.

von dem Prinzip: kein als beabsichtigt erklärter Rechtserfolg ohne Absicht, theoretisch betrachtet aber, und insofern weicht die hier vertretene Ansicht von derjenigen Windscheid's durchaus ab, tritt diese inhaltliche Ausnahme nicht als Ausnahme vom Prinzip auf, sondern als Folge der Grundsätze über die Geltendmachung der Rechte; sie ist nicht eine prinzipielle Modifikation, sondern eine Modifikation, die der Rechtssatz in dem Stadium seiner Verwirklichung erleidet. Abschnitt V Nr. 2 wird auf diese Korrektur des Prinzips durch seine Verwirklichung zurückkommen [55]).

5. So bleiben uns also nur übrig:

die Fälle, in denen der unmittelbare bewußte Wille zur Handlung fehlt (Sich-Versprechen ꝛc.), und die Fälle, in denen eine Willenserklärung zwar willentlich gemacht wird, aber mit

---

55) Einen neuen Versuch, die Nichtbeachtung der Mentalreservation zu deduziren, macht Hölder S. 176 fg. Jede Erklärung, sagt er, ist ein Urtheil über die Existenz eines Willens, der Erklärende haftet trotz der Mentalreservation, weil er das Urtheil vom Gegner als wahr angesehen wissen will. Thon S. 361 N. 71 wendet gegen diese Formulirung ein, nicht jede Erklärung sei ein Urtheil, denn sie könne wider besseres Wissen abgegeben werden. Nun, dann ist sie eben ein wissentlich unrichtiges Urtheil, aber die logische Form des Urtheils behält sie darum doch, denn diese logische Form ist lediglich Form und sagt nichts darüber aus, wie sich das Bewußtsein des Urtheilenden zu der Geltung des Urtheilsinhalts stellt. Aber auch so scheint mir die Hölder'sche Konstruktion nicht überzeugend. Nach ihr soll der Erklärende haften, weil er will, daß der Gegner glaube, er wolle haften. Der Wille aber zu haften, und der Wille den Gegner zu überzeugen, daß man haften wolle, sind zwei verschiedene Dinge, und nach dem Prinzip, dem, wie es scheint, auch Hölder beistimmt (ich schließe das aus seinem tiefdringenden Aufsatze „Die Lehre vom error“ in der Krit. V.J.Schrift XIV S. 561 ff.), müßte nur der erstere, nämlich der Wille zu haften, diese Haftung wirklich herbeiführen können. Läßt man den Erklärenden auch aus dem Täuschungswillen haften, so macht man eine Ausnahme von dem Prinzip — und zwar dieselbe, welche Windscheid macht: nämlich eine Ausnahme für den Fall der Arglist.

einer anderen Absicht, als nach der Regel des Lebens aus ihr zu erschließen ist, und zwar:

entweder so, daß der Erklärende und der, dem die Erklärung gemacht ist, den Fehlschluß beabsichtigen (Simulation), — die Erklärung gilt anerkanntermaßen und hat den wirklich von den Parteien beabsichtigten Rechtserfolg: denn es liegt eine vollgiltige Erklärung vor, der Eine muß dem Anderen irgendwie seine wirkliche Absicht erklärt haben, sonst könnte dieser Andere sie nicht kennen; die Willenserklärung gilt also, da alle ihre Momente: Absicht, Wille und genügende Erklärung vorliegen;

oder so, daß der Erklärende zwar weiß, die von ihm gebrauchten Zeichen deuteten nach der Regel des Lebens auf eine Absicht hin, die in Wahrheit nicht vorhanden ist, er aber diesen Fehlschluß nicht beabsichtigt, vielmehr meint, jeder Andere wisse, daß die juristische Absicht fehle. Hierher die Fälle einer Willenserklärung zum Scherz oder als Lehrbeispiel, in der Erzählung oder dramatischen Darstellung, beim Auswendiglernen, beim Vorlesen u. dergl.[56]);

oder endlich so, daß ich nicht weiß, die von mir gebrauchten Zeichen spiegelten nach der Regel des Lebens eine andere Absicht wider, als ich habe, den Fehlschluß also ebenfalls nicht beabsichtige. In diesen Fällen liegt Irrthum vor.

Aber auch dieses Gebiet verengert sich noch immer.

---

56) Schloßmann S. 105 Note 2 betont die juristische Gleichheit von Simulation, Mentalreservation und Scherz. Er will sie unter den einheitlichen Begriff der simulirten Erklärung stellen, und diese definirt er als diejenige Erklärung, „durch welche der Urheber derselben etwas Anderes sagt als er will". Dem Wortlaut nach fallen auch die Fälle des Sich-Versprechens unter diese Definition, und selbst wenn man dieselbe dahin korrigirt: „durch welche der Urheber derselben etwas als beabsichtigt erklärt, was er nicht beabsichtigt", würde sie immer noch zu weit sein, da sie auch die im Text gleich folgenden Fälle des Irrthums mit umfassen würde.

Zuerst werden die Fälle, in denen der unmittelbare Wille fehlt, nicht häufig sein. Wer sich versprochen oder verschrieben hat, merkt wenigstens in vielen Fällen sehr bald aus den weiteren Verhandlungen, daß er sich versprochen oder verschrieben habe; korrigirt er dann sein eingesehenes Versehen nicht, so billigt er stillschweigend nachträglich die vorher willenlos abgegebene Erklärung, und es liegt eine zweite zwar stillschweigende aber vollgiltige Willenserklärung vor. Ein gleiches Einsehen des Irrthums mit darauf folgender Selbstkorrektur, deren Unterlassung eine Genehmigung der irrthümlichen Erklärung enthält, kann und wird — wennschon seltener — auch in Fällen eines die Absicht ausschließenden Irrthums vorkommen.

6. Endlich verengert sich das Gebiet der Irrthumsfälle, in denen Nichtigkeit anzunehmen ist, noch ganz erheblich dadurch, daß eine eindringende psychologische Betrachtung eine große Reihe von Fällen, die man bisher mit Savigny als Fälle sogen. unechten Irrthums angesehen hat, zum Irrthum im Motiv stellen wird, so daß die betreffenden Willenserklärungen nach dem allgemeinen Prinzip des römischen Rechts nicht nichtig, sondern höchstens unter besonderen Voraussetzungen, bei besonderer Eigenschaftung des Irrthums anfechtbar wären.

7. Es bleibt demnach nur ein kleines Gebiet als streitiger Boden übrig. Jemand verspricht sich, verschreibt sich u. s. w. und merkt nicht, daß dem so gewesen. Jemand gibt eine Erklärung ab, mit der er eine andere Absicht verbindet, als nach der objektiven durchschnittlichen Bedeutung der gebrauchten Zeichen unter den vorhandenen Verhältnissen angenommen werden müßte, und weiß von dieser Fehlerhaftigkeit des gebrauchten Mittels nicht (Fälle des Irrthums), oder er gibt eine juristisch scheinende Willenserklärung ganz ohne juristische Absicht ab, in der Meinung, daß Niemand eine juristische Absicht hinter seiner Erklärung vermuthen werde (Fälle des Scherzes u. s. w.): in

solchen Fällen soll nach der herrschenden Lehre die Willenserklärung nichtig sein, jedoch nur dann, wenn sich der Irrthum oder Scherz auf einen wesentlichen Punkt der Willenserklärung bezieht: andernfalls bleibt das Geschäft aufrecht, wie es beabsichtigt war, und der unwesentliche nichtige Punkt wird nach gesetzlicher Regel entschieden [57]).

8. In den angegebenen Fällen will indeß auch die gegnerische Meinung Nichtigkeit der Erklärung dann eintreten lassen, wenn dem Empfänger der Willenserklärung der Irrthum oder der Scherz erkennbar war, d. h. wenn er ihn wirklich erkannt hat oder doch als vernünftiger Mann erkennen mußte. Nur soweit eine derartige Erkennbarkeit nicht vorlag, besteht Streit. Ja es scheint sogar, als solle nach Ansicht und Absicht der meisten unserer Gegner die scherzhafte Willenserklärung nebst ihren Konsorten selbst beim Mangel jener Erkennbarkeit doch nichtig sein. Sowohl entscheidet das römische Recht so [58]), als auch reagirt gegen jene rigorose Entscheidung, wenn ich mich nicht irre, das unmittelbare Gefühl mit außergewöhnlicher Stärke.

Man hat sich der unbequemen Thatsache, daß diese Nichtigkeit doch gegen das Prinzip der gegnerischen Lehre verstoße, in verschiedener Weise erwehren wollen. Insbesondere hat Röver [59]) auszuführen gesucht, eine derartige Willenserklärung sei nur Theil einer umfassenderen Willenserklärung, deren Inhalt z. B. sei: „ich verspreche Dir per jocum 100 zu schenken". Man könne nun aus solcher Erklärung den jocus nicht willkürlich fortstreichen; die vollständige Erklärung aber besage selbst, daß sie keine rechtliche Wirkung haben wolle, darum habe sie auch keine. Auch Kohler's [60]) Gedankengang scheint ein

57) Windscheid S. 38.

58) l. 3 § 2 D. de O. et A. 44, 7. Jetzt vgl. freilich dazu Windscheid Note 17.

59) S. 58 ff.

60) S. 98—100.

gleicher zu sein, wie der von Röver. Auch er erklärt die Nichtigkeit solcher Willenserklärungen daraus, daß sie ein willkürlich aus dem Komplex der Erklärung herausgerissenes Atom seien.

Zuvörderst ist dieser von Röver wie Kohler gebrauchte Ausdruck nicht genau. Es wird nicht ein Theil der Erklärung willkürlich aus der Erklärung herausgerissen, es handelt sich nicht um „Fragmente des Willensapparats“ — oder sollte ich diesen freilich sehr dunklen Ausdruck mißverstehen? — denn in sehr vielen hierher gehörigen Fällen liegt nichts Weiteres, was als Erklärung genommen werden könnte, vor, als die Erklärung: ich schenke Dir 100; daß man diese Erklärung im Scherz oder demonstrandi causa mache, fügt man dann der Erklärung durchaus nicht bei, weil es sich von selbst versteht. Das würde eine hübsche Theatervorstellung sein, wenn der Schauspieler jedem Vers, der eine Willenserklärung enthält, beifügen würde: „aber ich meine das nicht ernstlich“! Vielmehr handelt es sich darum, daß die Willenserklärung abgelöst betrachtet wird von dem Ganzen der Verhältnisse und Umstände, in denen und aus denen sie erwachsen ist, wie Kohler selbst S. 99 richtig sagt: man vergesse die Person des Lehrers und Schauspielers, Kulisse und Schulbank — aber nicht nur diese, denn auch ein Schauspieler kann zwischen den Koulissen eine echte wirksame Willenserklärung abgeben; man vergißt ferner die Gesammtheit der äußeren Umstände und Verhältnisse, und die Gesammtheit der inneren seelischen Verhältnisse, welche bei der Abgabe jener Willenserklärung in dem Erklärenden vorhanden waren, und das ist die Hauptsache.

Und wohin sind wir nun gekommen? Die Willenserklärung joci oder demonstrandi causa soll nicht gelten, weil sie nur von demjenigen als Erklärung einer juristischen Absicht aufgefaßt wird, der sie nicht im Zusammenhang aller geistigen Prozesse und äußeren Verhältnisse des Erklärenden betrachtet.

Aber wird denn nicht ganz derselbe Grund auch bei den Irrthumsfällen gelten? Wenn ein Ausländer Cigarren kauft, und tausend sagt, weil er meint, das Wort tausend bedeute das, was in Wirklichkeit hundert bedeutet, so beabsichtigt er nur 100 zu kaufen, der Verkäufer aber glaubt, jener habe die Absicht 1000 zu kaufen — kennte er indeß alle Verhältnisse des Käufers, kennte er seine Art zu sprechen und seine begleitenden Gedanken, so würde er wissen, daß jener nur 100 gemeint habe. Warum also entsteht die unrichtige Auffassung der gegnerischen Willenserklärung? weil sie aus dem Zusammenhange gerissen aufgefaßt wird.

In der That — eine durchgreifende innere Verschiedenheit beider Gruppen von Fällen, aus denen sich eine verschiedene juristische Behandlung rechtfertigen ließe, liegt nicht vor. Wenn der demonstrandi causa geschriebene Schuldschein in die Hände eines Dritten kommt, so kann dieser bona fide sein, und zwar völlig entschuldbarer Weise, ganz ebenso entschuldbarer Weise, wie der Cigarrenverkäufer, welcher annimmt, daß auf 100, nicht auf 1000 Cigarren abgeschlossen sei.

Man mag sich stellen auf welchen Standpunkt man im Uebrigen will — immer werden die Willenserklärungen joci und demonstrandi causa, überhaupt alle diejenigen, hinter welchen gar keine juristische Absicht steht, gleich behandelt werden müssen mit denen, hinter welchen eine andere Absicht steht, als der Empfänger der Willenserklärung aus derselben erschließt und durch sie, in ihr und aus ihr versteht; denn das, worauf es ankommt, ist in beiden Fällen gleich: die Absicht, welche der Empfänger annimmt, liegt in Wahrheit nicht vor, — der juristisch irrelevante Unterschied besteht nur darin, daß im ersten Fall überhaupt keine juristische Absicht, im zweiten Fall eine andere vorhanden ist: aber es ist wohl ersichtlich, daß das, was diese Willenserklärungen hindern soll, den von dem Drit-

ten angenommenen juristischen Erfolg hervorzubringen, in beiden Fällen das gleiche Moment, nämlich das Fehlen der Absicht ist, die der Dritte als vorhanden annahm — das positive Element ist hierbei gleichgiltig.

Soviel also scheint jedenfalls sicher: diejenigen unsrer Gegner sind inkonsequent, welche die juristisch ganz absichtslosen Erklärungen (die Erklärungen zum Scherz oder dergl.) und die, welche irrthümlich mit einer anderen juristischen Absicht gemacht sind, als der Empfänger der Erklärung annahm, einer verschiedenen juristischen Behandlung unterwerfen wollen.

9. Jetzt endlich ist das Streitgebiet nach allen Richtungen hin umgrenzt, und wir können den Gegner nicht mehr verfehlen. Auf dem also umstellten Gebiet muß sich die ganze Frage entscheiden.

Wenn bezüglich der wesentlichen Punkte eines Geschäfts eine (scheinbare) Willenserklärung abgegeben worden ist, entweder ohne bewußten Willen (Sichversprechen u. dergl.) oder ohne die bestimmte oder auch nur unbestimmte juristische Absicht, welche nach der Regel des Lebens aus jener Erklärung zu erschließen war (Irrthum, Scherz u. dergl.), ohne daß doch der Empfänger der Erklärung diesen Mangel erkannt hat oder hätte erkennen können, ebenso ohne daß der Erklärende selbst den in dem Empfänger der Erklärung verursachten Irrthum bemerkte: soll diejenige Rechtsfolge, welche der Empfänger der Erklärung als beabsichtigt annahm, eintreten oder nicht?

IV.

Zweckmäßigkeitserwägungen.

Wir werden unsern Gegnern und dem Gewicht der Sache am meisten gerecht werden, wenn wir auch jetzt noch von dem geltenden Recht absehen. Denken wir uns einen Gesetzgeber, der zwischen den beiden dargebotenen Prinzipien wählen soll,

und folgen wir ihm in die Erwägungen, in die er vor seiner Entschlußfassung eingehen wird.

Im weitesten Sinne des Worts werden alle diese Erwägungen Zweckmäßigkeitserwägungen sein. Dies Wort indeß ist ebenso vieldeutig wie vielgebraucht. Zweckmäßigkeit ist die Eigenschaft eines gebrauchten Mittels, wirkliches, d. h. die Erreichung des Zwecks wirkendes Mittel zu sein, also den bezweckten Erfolg herbeizuführen. Das Recht dient den Interessen der zusammenlebenden Menschen; derjenige Rechtssatz wird deshalb als der zweckmäßigste gelten dürfen, welcher die Interessen in einer alle Betheiligten am meisten befriedigenden Weise ordnet und schützt. Man wird sich mit dieser Bestimmung, die ihre eigene Unvollkommenheit durchaus kennt, hier genügen lassen dürfen, wo es sich nur darum handelt, einen Unterschied in dem Begriff kurz hervorzuheben. Die Zweckmäßigkeit in dem angegebenen Sinn kann Zweckmäßigkeit für das Leben genannt werden. Sie ist eine höhere und eine niedere. Daß dem Verbrechen Strafe folgt, ist auch ein Satz der Zweckmäßigkeit, aber jener höheren, weitsichtigeren, die nur ein anderer Ausdruck für das ist, was man Gerechtigkeit nennt. Wir werden jeden Satz, dessen Zweckmäßigkeit wir prüfen wollen, zu fragen haben, ob er seine Herkunft aus solchen höchsten Zweckmäßigkeitsrücksichten nachweisen kann, die wir uns so sehr zu eigen gemacht haben, daß wir sie als unmittelbar durch das Rechtsgefühl beglaubigte praktische Prinzipien in uns vorzufinden glauben.

Neben diese höhere stellt sich eine niedere Zweckmäßigkeit, freilich durch keine absolut bestimmbare Grenze von jener geschieden; sie rechnet mit untergeordneteren Faktoren: die Bequemlichkeit und Sicherheit in der Handhabung des Rechtssatzes, die Möglichkeit, daß der Böswillige jenes Satzes sich zu seinen Zwecken bediene, die Kurzsichtigkeit des Richters, die

Beschränktheit des Parteiinteresses, welche nur das nächstliegende Ihre sucht — alles das sind die Faktoren, welche hier in Betracht zu ziehen sind. Daß der, welcher geistig unentwickelt ist, nicht mit voller Rechtswirkung handeln könne — das ist eine Forderung der höheren Zweckmäßigkeit: ihr gegenüber fordert dann die niedere Zweckmäßigkeit die Festsetzung einer bestimmten Altersgrenze, mit der die beschränkte Handlungsfähigkeit ein Ende hat.

Neben diesen beiden Formen der Zweckmäßigkeit des Lebens gibt es für jeden Rechtssatz indeß noch eine dritte: die Zweckmäßigkeit für die Schule und das logische System. Wenn mir nach den obigen Rücksichten der Inhalt der Rechtssätze gegeben ist, so kann ich dieselben doch in verschiedene logische Formen gießen; wenn ich z. B. zwei Rechtssätze inhaltlich in Geltung finde, so kann ich entweder den ersten als Regel, den zweiten als — durch besondere Voraussetzungen verursachte — Modifikation, oder den zweiten als Regel, den ersten als Modifikation, oder ich kann endlich einen dritten Satz aufstellen, der die beiden gegebenen als Anwendungsfälle umfaßt.

Nach den drei angedeuteten Rücksichten hin müssen auch die Prinzipien, welche diese Abhandlung betrachtet, einer Prüfung unterworfen werden. Es sei mit der Zweckmäßigkeit für die Schule, wie sie oben genannt war, begonnen; sie präjudizirt nicht dem Inhalt der Rechtssätze, sondern will nur über ihre Formulirung entscheiden. Vielleicht täusche ich mich in der Annahme nicht, daß in einer großen Reihe gerade neuerer Arbeiten der systematisch-terminologische Gesichtspunkt nur zu wenig verwerthet worden ist.

1. Es sei einmal zugegeben, daß das herrschende Prinzip für gewisse Fälle — etwa für Fälle leichtsinniger Irrung — nicht zur Anwendung kommen dürfe; in diesen Fällen sollen also andere Regeln entscheiden. Die gesetzliche Sanktion dieser an-

deren Regeln mit dem alten Prinzip zusammen kann logisch in einer zweifachen Weise erfolgen. Ich stoße entweder die alten Prinzipien und folgeweise die alten Begriffe (die ja nichts weiter sind als Prinzipien in anderer Redeform) um und setze neue an ihre Stelle, in welchen jene alten Prinzipien mit den neuen Regeln zusammengefaßt enthalten sind. Oder ich bewahre die alten Prinzipien und nehme die neuen Regeln in der logischen Form von Ausnahmen auf.

Es ist kein schwer wiegender Einwand, wenn man sich gegen diese logische Operation, die bei der Bildung von Regel und Ausnahme vollzogen wird, auf den Satz regula simul cum in aliquo vitiata est perdit officium suum beruft[61]. Denn dieser Satz ist, richtig verstanden, oder wenigstens sofern er auf Richtigkeit Anspruch macht, nichts als eine Tautologie. Er sagt dann: ein Satz, der allgemein gelten will und doch in einigen Anwendungsfällen nicht gilt, gilt nicht so allgemein, wie er will. Und das ist zweifellos richtig. Der Polemik Schloßmann's gegen den Mißbrauch gewisser logischer Operationen mag sonst beizustimmen sein — hier hat er eine zu leichte Waffe gebraucht, wenn er aus diesem Gedanken heraus die herrschende Theorie anzugreifen und nachzuweisen suchte, daß sie falsch sei, da es von einer wahren Regel keine Ausnahme geben könnte. Es ist hier nicht der Raum, eine eingehendere Darstellung der logischen Operationen zu geben, deren sich der juristische Verstand bei seiner Systematik bedient; wenige Bemerkungen müssen genügen, um die Unrichtigkeit des Schloßmann'schen Angriffs darzuthun. Wenn ich in einer Reihe von Fällen beobachte, daß die jedesmalige Wirkung sich mit einem Moment des Thatbestandes in parallelen Fortschreitungen ändert, daß also $U_1 = W_1$,

---

61) Schloßmann S. 116. 100—105.

$U_2 = W_2$, $U_3 = W_3$ ist, so forme ich hieraus den allgemeinen Satz, daß U in all seinen Gestaltungen zur Wirkung W in seinen verschiedenen Gestaltungen hat. Im eminenten Sinne des Worts ist dies ein Gesetz[62]), und so stellen wir denn auch das Gesetz auf, daß sich die Rechtsfolge bei einer Willenserklärung richte nach der die Willenserklärung als Mittel benutzenden Absicht.

Jetzt finde ich einen Fall, in dem dies nicht statt hat. Die erwartete Wirkung tritt nicht ein. Nähere Betrachtung zeigt im Thatbestand ein Moment p. Durch dieses Moment p wird die sonst als Ursache wirkende Thatsache in ihrer Wirksamkeit gehemmt, und die Wirkung tritt nicht ein. Ist das Gesetz umgestoßen? Im Gegentheil, es ist ausdrücklich bestätigt, denn die Kraft von p war nöthig, um die von U aufzuheben. So nun kann auch sehr wohl ein anderes juristisches Prinzip modifizirend in das erste eingreifen.

Wenn irgendwo so ist im Rechtsleben ein gewisser Konservativismus von größtem Vortheil. Der römische Prätor wußte wohl, was er that, wenn er so oft durch die künstlichsten Operationen das neue Recht unter das alte zu bannen suchte. Sollte es daher wirklich de lege ferenda erwünscht sein, von dem Satz, daß bei Rechtsgeschäften die juristische Absicht den Rechtserfolg bestimmt, eine Ausnahme zu machen, so wird man doch gut thun, die alten Prinzipien zu konserviren und die Ausnahme eben nur als Ausnahme hinzustellen.

Das ist schon aus rein didaktischen Gründen äußerst wünschenswerth. Wie ungemein einfach und klar das Prinzip der herrschenden Theorie und wie sehr es fähig ist, dem konkreten Fall bis in seine feinsten Eigenthümlichkeiten sich anzupassen, ist unmittelbar klar. Es umfaßt alle Thatbestände, die wir Rechts-

---

62) S. Lotze, Logik S. 379.

geschäfte nennen, seien sie welche sie wollen, und statuirt gleiches Recht für alle. Anschaulich, kurz, klar, umfassend, einheitlich — und was bietet man uns dagegen? Nicht etwa eine einheitliche Normirung, nein, im Gegentheil, man zerreißt die dem Laien so sehr einleuchtende Einheit der rechtsgeschäftlichen Thatbestände[63]), man statuirt verschiedenes Recht für die Willenserklärungen unter Lebenden und die von Todeswegen, oder für die Verträge und die einseitigen Willenserklärungen, oder man nimmt gar eine ganze Reihe m. E. willkürlich herausgerissener Thatbestände für die eine, eine andere Reihe für die andere Regel in Anspruch (Schloßmann).

Also (wir stehen immer noch auf dem Standpunkt, es sei eine Ausnahme von dem Prinzip der herrschenden Lehre nöthig) man gibt uns nicht statt unseres einheitlichen Prinzips mit einer eng begrenzten Ausnahme ein anderes, sondern man gibt mehrere Prinzipien nebeneinander. Und nun versuche ein Civilrechtslehrer auf dem Katheder einmal mit den Begriffen und Prinzipien der neuen Lehre zu operiren! statt der bequemen und immer deutlichen „Absicht" muß mit dem Sinn der Erklärung operirt werden, den „der andere Theil nach den gesammten zur Zeit des Vertragsabschlusses ihm bekannten oder als bekannt vorauszusetzenden Umständen verstanden hat oder verstehen mußte"[64]) — der für die juristische Lehre ganz unmöglichen Schloßmann'schen Aufstellungen zu geschweigen.

Zugleich verlieren wir mit dieser neuen Formulirung vollständig die systematische Analogie mit dem Strafrecht — kurz für den lernenden Juristen wie für den Laien, der das Recht begreifen will, erschweren wir das Verständniß außerordentlich

63) Nur Schall will seine Regel auf alle Willenserklärungen ausdehnen, aber ich glaube kaum, daß auch nur ein Einziger ihm de lege lata oder de lege ferenda soweit wird folgen wollen.

64) Regelsberger, Erörterungen I S. 20.

und geben ihm inhaltlich doch nichts Anderes, als ihm auch das alte Prinzip mit einer scharf präzisirten Ausnahme geben würde.

Es kommt etwas Weiteres nicht minder Wichtiges hinzu. Die herrschende Formulirung knüpft unmittelbar an ganz allgemeine Prinzipien an und läßt diesen Zusammenhang in fragloser Weise erkennen, und selbst wenn Ausnahmen gesetzlich sanktionirt werden müßten, so würde doch das Prinzip in seiner ganzen unmittelbar überzeugenden Kraft stehen bleiben, und jene Ausnahmen würden eben nur als durch besondere Rücksichten diktirte und aus diesen zu rechtfertigende Ausnahmen aufgefaßt werden. Diesen großen Vortheil gibt die gegnerische Formulirung auf, und damit sind wir bei dem zweiten Punkte der Besprechung angelangt: auf welches Prinzip der Gerechtigkeit (der höheren Zweckmäßigkeit) stützen sich die beiden einander gegenüberstehenden Ansichten?

2. Die gegnerische Lehre sichert dem Empfänger der Willenserklärung einen entschiedenen Vortheil — wäre das nicht der Fall, so würde der Empfänger ja nichts dagegen haben, mit dem Erklärenden die Erklärung als nichtig zu behandeln. Dieser Vortheil des Empfängers wird zugleich von dem Erklärenden als eigne Benachtheiligung empfunden werden — sonst würde er nicht dem Empfänger der Erklärung widersprechen, der die Erklärung als giltig behandeln will.

Will man aber dergestalt den einen in Nachtheil, den anderen in Vortheil versetzen, so muß man das aus allgemeineren Erwägungen rechtfertigen können, sonst ist die Bestimmung, welche man gibt, willkürlich. Daß die Gesetzgebung auch eine solche willkürliche Bestimmung sanktioniren kann, ist schon mehrfach bemerkt: indeß unsere Gegner stützen sich nicht auf positive Bestimmung, sondern auf innere Gründe.

Soviel ich sehe, operirt die gegnerische Theorie von zwei

allgemeinen Standpunkten aus, die mit den Stichworten Vertrauen und Verschuldung bezeichnet werden können.

Nach der Vertrauensmaxime ist der Grund für die rechtliche Wirksamkeit der Erklärung nach ihrem objektiven Sinn die in dem Empfänger der Erklärung erregte Erwartung: wer durch seine Erklärung, wenn auch unwillentlich und unwissentlich eine solche Erwartung hervorgerufen habe, müsse ihr entsprechen: das erfordere Treu und Glauben im Verkehr.

Die Verschuldungsmaxime sieht den Grund der Haftung in einer den Erklärenden treffenden Schuld: wer schuldhafter Weise das Mißverstehen bewirkt habe, hafte so, wie der Empfänger der Erklärung ihn verstanden habe.

Indeß beide Maximen beweisen nicht das, was sie beweisen sollen. Vor Allem ist die Vertrauensmaxime, wie man sofort zugeben wird, nicht fähig, allgemeines Prinzip zu sein — denn daß der A darauf vertraut, daß der B etwas wolle und beabsichtige, kann doch eine für diesen letzteren völlig zufällige Thatsache sein. Also nur unter besonderen Verhältnissen — etwa bei einem Vertragsversuch — wird man diesem Vertrauen Wichtigkeit zusprechen wollen. Aber auch dann nicht immer, sondern nur, wenn der, welcher vertraute, nach den Umständen als bonus paterfamilias vertrauen durfte. Indeß selbst mit allen diesen Kautelen ist doch die Brücke vom Vertrauen des A zu der Haftung des B nicht zu finden. Jeder Mann mit unbefangenem Rechtsgefühl wird entgegenfragen: was kann ich denn dafür, daß der A sich täuschte? Ich meinerseits habe ebenfalls wie ein bonus paterfamilias gehandelt: warum soll denn nun gerade ich in Nachtheil kommen? warum nicht ebenso gut jener? und wenn wir beide ganz unschuldig sind, so kann doch einer nicht noch unschuldiger sein als der andere?

Richtig antwortet die Verschuldungsmaxime hierauf: wenn Du nicht in Schuld warst, haftest Du nicht. Aber, so setzt

sie hinzu: Du haftest, sobald Du die getäuschte Erwartung des A nicht nur verursacht, sondern verschuldet hast. Es sei nun davon abgesehen, daß das, was man hier Schuld zu nennen beliebt, in den meisten Fällen nicht Schuld im gewöhnlichen Sinne, sondern wenn überhaupt so doch nur ein abgeblaßter Schatten der Schuld ist. Oder wollte man das wirkliche Schuld nennen, wenn Jemand sich verspricht, ohne es zu merken? Ist es nicht völlig anerkannt, daß auch bei größter Aufmerksamkeit Sprach- und Schreibfehler vorkommen, und daß letztere auch bei sorgsamem Durchlesen unentdeckt bleiben? Hier kann man in der That mit dem Psalmisten sagen: „Wer kann merken, wie oft er fehlet? Verzeihe mir die verborgenen Fehler!“ [65])

Aber selbst wenn man in allen diesen Fällen den Schuldgedanken aufrecht erhalten wollte — man käme doch nimmermehr zur Haftung auf den Sinn der Erklärung. Denn vorhandene Schuld kann mich nach allgemeinen Grundsätzen immer nur verpflichten, den eingetretenen Schaden zu ersetzen. Also würde man überhaupt zu irgend einer Haftung nur dann kommen, wenn der Empfänger der Erklärung einen Vermögensnachtheil gehabt hat [66]), in diesem Fall aber nur zu der Haftung auf Ihering's negatives Interesse. Gegen eine solche Haftung nun ist nichts einzuwenden: sie tangirt selbstverständlich das Prinzip der herrschenden Lehre nicht, bestätigt es vielmehr ausdrücklich, denn die Willenserklärung ist in dieser Hinsicht Moment eines Thatbestandes, aus dem eine nothwendige Rechtsfolge — nämlich die Schadensersatzpflicht — folgt, nicht

---

65) S. Regelsberger S. 109.

66) Man müßte denn Schloßmann S. 306 beistimmen, daß jedes getäuschte Erwarten bereits an sich eine Vermögensverletzung sei. Ich halte diese Ansicht für unrichtig, was ich freilich hier nicht weiter erörtern kann.

aber wirkt sie gegen die herrschende Lehre einen Rechtserfolg, der als beabsichtigt erscheint, ohne es zu sein.

Wie man sich auch drehen und wenden mag, zu etwas Weiterem als zur Ersatzpflicht für den eingetretenen Schaden führt der Verschuldungsgedanke nicht — der Vertrag selbst aber bleibt nichtig. Der Statuirung dieser Haftpflicht nun darf die herrschende Lehre von ganzer Seele beistimmen, ja sie ist ihr in einigen Fällen unentbehrlich; und daß sie praktisch unbrauchbar sei, scheint mir bis jetzt noch nicht dargethan zu sein[67]). Uebrigens beweist gerade die Aufstellung der Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses, wie sehr Ihering auf dem Boden des herrschenden Prinzips steht: nach dem Prinzip der Gegner ist für diese Ersatzpflicht kein oder so gut wie kein Raum mehr vorhanden.

Gegenüber all diesen verunglückenden Versuchen der neuen Lehre, sich auf eine dem Rechtsgefühl entsprechende allgemeine Maxime zu stützen, knüpft die herrschende Lehre unmittelbar an eine auch dem geringsten Verstande überzeugend einleuchtende Maxime an, an eine Maxime, die seit jeher gegolten hat und immer gelten wird, wie auch Bildung und Verkehr sich ändern mögen. Die herrschende Lehre theilt die ganze Fülle der juristischen Thatbestände in zwei große Massen: solche, bei denen eine auf den Rechtserfolg gerichtete Absicht Moment des Thatbestandes zur Herbeiführung dieses Rechtserfolges ist, und solche, bei denen sie dies nicht ist. In der letzteren Reihe von Thatbeständen wird an äußere Umstände oder an die Handlung eines Menschen oder den mit einer Handlung beabsichtigten äußeren Erfolg eine Rechtsfolge geknüpft, die mit Nothwendigkeit eintritt, völlig unabhängig von der auf sie gerichteten Absicht. Im ersteren Fall hingegen hat das Recht den Einzelwillen mit einer

67) So auch Windscheid S. 36 gegen Bähr S. 422 ff.

selbständigen unmittelbaren Kausationsfähigkeit für die Rechtswelt begabt. Im Rechtsgebiet ist demnach innerhalb gewisser nach allgemeinen ethischen und besonderen Zweckmäßigkeitsrücksichten bestimmten Grenzen Jeder seines Glückes Schmied, er beherrscht sein Rechtsleben unmittelbar selbst, und die ganze Rechtfertigung für das, was ihm in diesen Grenzen geschieht, ist das den unbefangen urtheilenden und ehrlich empfindenden Mann stets überzeugende: Du selbst hast es gewollt!

Und diese ganze Anknüpfung des Rechts an allgemeine Grundsätze sollen wir aufgeben? Jene wahre rechtliche Freiheit, die in den Grenzen des Gesetzes schöpferisch ist, opfern? Also nicht der lebendige Geist soll gelten, sondern das todte Wort? Ich meinestheils kann das Wort so hoch unmöglich schätzen, und glaube auch, daß eine Gesetzgebung, die vom Geiste recht erleuchtet ist, die Forderungen, welche das Leben stellt, nicht mit diesem Prinzip der Gegner in die Jurisprudenz übersetzen kann.

3. Das Einzige, was, soviel ich sehen kann, immer gegen die herrschende Theorie wird eingewendet werden können, ist Folgendes. Man sagt, es entstehe mit ihr eine grenzenlose Unsicherheit des Verkehrs; dem dolus sei Thür und Thor geöffnet, Jeder könne sich nachher übernommenen Verpflichtungen dadurch entziehen, daß er behaupte, etwas Anderes gemeint zu haben, als was man verstanden habe; wenigstens könne er den Anderen in den langwierigsten Prozeß verwickeln, überhaupt würde das herrschende Prinzip, konsequent durchgeführt, die Quelle unsäglichen Streites sein.

Das Gewicht dieser Vorwürfe ist anzuerkennen. Wenn ich recht verstehe, so wollen sie die Verhaftung auf das gesprochene Wort, um dadurch der Chikane und dem Dolus entgegenzutreten; daß dann mitunter auch ein ganz Unschuldiger unter diesen Schutzmaßregeln gegen dolus und malitia leide, das sei nicht

zu vermeiden: mitgefangen mitgehangen. Es sei hier — könnten Anhänger der Ihering'schen Besitztheorie hinzufügen — umgekehrt wie beim Besitz: hier kämen die Segnungen des Besitzschutzes auch dem Dieb zu Gute, dort träfen die Maßregeln gegen den Dolus auch den Unschuldigen — das sei gleichsam eine Reflexwirkung zu Lasten des Unschuldigen, der er sich nicht entziehen könne; er zahle damit den Preis für den Schutz, den auch er gegen den Dolosen genieße.

Wie sehr indeß auch alles dies zuzugeben ist, so sehr wird es sich doch fragen, ob man nicht eben ein Mittel finden könne, bloß den Schuldigen und nicht zugleich auch den Unschuldigen zu treffen. Denn wenn die gegnerische Theorie konsequent durchgeführt wird, so ist man thatsächlich noch schlimmer dran als vorher. Wiederum ist der Unsicherheit Thor und Thür geöffnet — denn wie oft werde ich gar nicht ahnen können, was mein Gegenüber aus meiner Erklärung für eine Absicht herauslesen durfte? — wiederum werden psychische Thatsachen zum Beweis stehen, und der Prozeßlust wird also nicht der Weg verlegt, sondern geradezu freigegeben: hat mein Gegenüber gewußt, was ich meinte, oder nicht?

Man wird gerecht genug sein auch diese Einwürfe anzuerkennen. Man würde nach der gegnerischen Theorie, um sicher gehen zu können, ein unerträglicher Pedant werden müssen, und würde trotzdem noch immer in der Gefahr schweben, sich irgend einen Kontrakt auf den Hals zu laden, an den man nicht im Traum gedacht hat. Man müßte in jedem Flecken, in dem man etwa auf einer Geschäftsreise sich aufhält, immer erst den Dialekt des Orts studiren, weil möglicher Weise irgend ein Wort dort eine Lokalbedeutung hat, die weit gebräuchlicher ist als die mir bekannte Bedeutung des Worts, und der norddeutsche Bauer hätte Recht, wenn er sich vor nichts mehr fürchtet als „sich zu unterschreiben“, weil da vielleicht doch die Worte noch

eine ungeahnte Falle für ihn enthalten — man weiß, welche Mühe es schon heute vielfach kostet, ihn zu einer Unterschrift zu bewegen.

„Die Herrschaft führen Wachs und Leder,
„Was willst Du, böser Geist, von mir?“

Wie unfähig in der That die gegnerische Formulirung ist, die Bedürfnisse des Lebens zu decken, das merkt, wer nur einmal durchgreifend mit ihr Ernst macht. Ich gehe in einen Laden, um eine Kiste Cigarren mittelschwer 90 Mark per Mille zu bestellen; ich sage dem Verkäufer, er solle für mich aussuchen und will gehn. Da dämmert es in meinem Bewußtsein auf, daß ich mich versprochen und 90 Thaler gesagt habe; noch in der Thür kehre ich mich um und frage, ob ich mich etwa versprochen — ich hätte 90 Mark, nicht 90 Thaler gemeint. Gesagt ist gesagt, antwortet der Verkäufer, und war es auch nur versprochen, so ist's doch nun einmal versprochen, mein Vertrauen ist bereits erregt gewesen, wenn auch nur 5 Minuten lang. Und wie, wenn der Käufer 90 Thaler sagt, der Andere sofort zum Zeichen des Konsenses mit dem Kopf nickt, und ich mich auch sofort korrigire, indem ich ihm sage, ich hätte mich versprochen? Nach der gegnerischen Theorie hafte ich.

Der eine Fall mag statt vieler stehen und zeigen, wohin die gegnerische Theorie gedrängt, was aus der vielgerühmten bona fides werden würde, wenn jene Ernst machte und wirklich ihre Konsequenzen ziehen wollte.

Beide Theorien, die herrschende, wie die gegnerische führen zu unerträglichen Konsequenzen: jene begünstigt den Erklärenden zu sehr, diese den Empfänger der Erklärung; jene verinnerlicht den Thatbestand bis zu einer für den Verkehr unbrauchbaren Verschwommenheit, diese veräußerlicht ihn bis zu einem ebenso unbrauchbaren Rigorismus — beide führen sie in ihren Konsequenzen zu Ungerechtigkeiten und befriedigen darum

das Verkehrsbedürfniß nicht. Ich wage daraus den Schluß, daß sich überhaupt kein Prinzip aufstellen läßt, welches in seiner strengen Durchführung nicht zu Ungerechtigkeiten führen müßte.

Sind wir mit dieser Negative zu schließen gezwungen? Das wäre ein trostloses Ergebniß.

Aber die römischen Juristen haben uns gelehrt, wie aus diesem Dilemma herauszukommen ist. Ist es zu glauben, daß sie die Nachtheile der herrschenden Theorie nicht gefühlt hätten? Unmöglich! und doch haben sie das Prinzip und sprechen es tausendfach aus, wenn nicht abstrakt, so doch in Anwendungen. Sie müssen also einen Weg gehabt haben, allen widerstreitenden Interessen gerecht zu werden, ohne doch das Prinzip umzustoßen oder auch nur zu modifiziren. Sie änderten nicht den Kurs, sie segelten unbeschädigt zwischen der Scylla und der Charybdis hindurch, denn sie konnten dem klugen Steuermann trauen, der das Boot führte. Ich wage zu behaupten, daß die römische Lösung des Problems auch diejenige ist, auf welche die künftige Legislation hingewiesen ist.

V.

Die Quellen.

1. Auch im wissenschaftlichen Streit gilt in gewissem Sinn das Vorrecht des Besitzstandes; man darf deshalb wohl behaupten, daß es nicht der alten herrschenden, sondern der neuen Lehre obliegt, den Quellenbeweis zu führen. In dieser Beziehung ist indeß von Seiten der Gegner nichts geleistet, sie sind den Beweis schuldig geblieben[68]). Wenn überhaupt in dieser ganzen Streitfrage eins als sicher gelten darf, so ist es dies, daß die römische wie die heutige herrschende Jurisprudenz den Willen (als Willen i. e. S. und als Absicht) stets in die Mitte

68) S. Windscheid S. 14 Note 12.

aller ihrer Argumentationen stellt, immer aus dem Parteiwillen heraus entscheidet, und so das Prinzip der herrschenden Lehre im Prinzip und als Prinzip thatsächlich tausendfältig anerkennt. Die Behauptung ist nicht zu gewagt, daß jedes Blatt des Corpus Juris mit dem Prinzip der herrschenden Lehre operirt. Klarer kann in der That dieses Prinzip nicht ausgesprochen werden, als es z. B. in l. 3 § 1 D. de O. et A. 44, 7 geschieht: non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio nascatur etc. Also: eine Obligation wird nur begründet, wenn bei der Uebergabe der Sache die Absicht darauf gerichtet war.

Indem ich mich den Windscheid'schen Ausführungen (S. 14—18) anschließe und auf das von unsern Gegnern[69]) für uns gesammelte Material verweise, möchte ich insbesondere noch Folgendes hervorheben:

1. Anerkanntermaßen[70]) gilt das herrschende Prinzip bei den letztwilligen Verfügungen; die meisten Gegner leugnen es sogar nur für die Verträge. Nun betrachte man vorurtheilsfrei die Quellen, und man wird gestehen müssen, daß dieselbe Art der Argumentation aus dem Parteiwillen heraus in gleicher Weise und mit den gleichen Ausdrücken in allen Gebieten der Willenserklärungen wiederkehrt. Hätten die Römer wirklich zwei Prinzipien gehabt, das eine für den einen, das andere für den anderen Rechtstheil, so müßte diese Differenz doch irgendwo und irgendwie hervortreten. Davon findet sich indeß auch nicht die leiseste Spur. Vielmehr kehren dieselben Worte und Wendungen in gleicher Weise überall wieder, z. B. — und nun greife

69) Röver S. 20—47. Schloßmann insbesondere S. 91 Note 1, S. 93 ff. Schall S. 50 ff.

70) Soviel ich sehe, nimmt nur Schall das neue Prinzip für alle Willenserklärungen ausdrücklich in Anspruch.

ich aus der geradezu überwältigenden Fülle des Quellenmaterials aufs Gerathewohl einige Stellen bezüglich der Willenserklärungen unter Lebenden heraus:

voluntas und velle, s. l. un. C. ut act. 4, 11: ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur; l. 13 § 2 C. de contr. stip. 8, 37: ne ex hujusmodi subtilitate cadant hominum voluntates.

animus s. l. 7 § 12 D. de pactis 2, 14: . . . nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium. l. 32 eod.: donandi animo. l. 37 D. pro socio 17, 2: si animum inierint societatis. l. 44 eod.: animo contrahendae societatis.

mens: l. 28 § 1 D. de V. S. 50, 16: oratio . . . ex mente pronuntiantis . . . accipitur.

eo animo ut: l. 49 D. de A. R. D. 41, 1. l. 22 D. de praescr. verb. 19, 5.

ea mente ut: l. 1 pr. D. de don. 39, 5.

Für Wollen und Nichtwollen stehen auch sehr häufig sponte, z. B. l. 87 § 1 D. de her. inst. 28, 5, und invitus, was sowohl im juristischen wie nichtjuristischen Gebrauch dem velle gegenübergestellt wird, z. B. l. 3 D. de lege comm. 18, 3: si volet . . . non invitus. l. 30 D. de pign. act. 13, 7: invito — voluntate. l. 65 § 11 D. pro socio 17, 2: invitus, cui non vult [71]); also sprechen alle Entscheidungen mit invitus für uns.

Ferner propositum: l. 15 § 2 D. de C. E. 18, 1: non putat . . . dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit; und affectio (societatis) in l. 31 D. pro socio 17, 2.

---

71) Dies gegen Röder S. 33.

Ferner gehören diejenigen Wendungen hierher, die das Vorstellungsmoment in der Absicht betonen: so cogitare: l. 5 D. de transact. 2, 15: lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur (bei der stipulatio Aquiliana), dazu l. 9 § 3 und l. 12 eod. sowie auch die Stellen oben auf S. 400; so intellectus: l. 60 § 3 D. mand. 17, 1: si id actum esset vel tacito intellectu; so opinio: l. 18 pr. D. de R. C. 12, 1: der Vertrag kommt nicht zu Stande wegen Differenz in den opiniones der Kontrahenten.

Endlich ist an die gerade im Recht der Verträge immer wiederkehrende Verwendung von sentire, sensus, consentire, consensus zu erinnern. Es ist eine auch nicht auf einen Schatten von Beweis gestützte Behauptung [72]), daß diese Worte nicht die Uebereinstimmung der Absichten, sondern bloß der Erklärungen bedeuteten. Das Gegentheil beweisen z. B. § 4 J. quib. mod. 3, 29, wo consensus und contraria voluntas einander gegenübergestellt werden, ferner l. 1 § 2 D. de rer. perm. 19, 4: emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur; l. 165 D. de R. J. 50, 17: nec, si . . . consenserit, ratam ejus voluntatem habendam; l. 1 § 3 D. de pactis 2, 14: qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt; auch die schon früher cit. l. 52 § 4 D. de O. et A. 44, 7: ex consensu obligari necessario ex voluntate nostra videmur; endlich werden consensus und Erklärung als getrennte Momente nebeneinandergestellt, z. B. in l. 7 § 19 D. de pactis 2, 14: communi consensu (nachher mit voluntatem vertauscht) declaraverint, und l. 10 C. de contr. stip. 8, 37: verbis pro consensu contrahentium compositae.

Es ist eine ungemein einfache Methode, sich mit all diesen

72) Röver S. 41—42; dagegen auch Windscheid S. 17.

tausendfältig wiederkehrenden Worten und Wendungen dadurch abzufinden, daß man sagt: da stünde zwar Wille u. dergl., anerkanntermaßen aber sei damit immer nur der Wille gemeint, der auch erklärt sei, und da die Erklärung nun objektiv betrachtet der subjektiven Absicht widersprechen könne, und es doch auf die Erklärung ankomme, so sei eigentlich nicht der Wille, sondern bloß die Erklärung gemeint [73]). Also man meint: Erklärung, und sagt: Wille. Seltsame Juristen müssen das doch wahrlich gewesen sein, welche die objektive Erklärung als das Relevante ansahen und doch mit dieser unverwüstlichen Hartnäckigkeit ihre Entscheidung immer auf die innere subjektive Seite der Erklärung als das bestimmende Moment basirten! Man kann jene Ansicht nicht besser zurückweisen als mit Windscheid's Worten (S. 17), „daß dann die Verfasser der Stellen gerade den eigentlichen Grund ihrer Entscheidung verschwiegen, dagegen das für ihre Entscheidung Gleichgiltige hervorgehoben haben würden." Ich wüßte wirklich nicht, was hierauf entgegnet werden könnte.

Klar erkennen die Römer auch den Gegensatz der beiden großen Gruppen von Rechtsfolgen, derjenigen, die durch die Absicht der Partei vermittelt (gewillkürte Rechtsfolgen), und derjenigen, die unabhängig von jeder auf ihre Herbeiführung gerichteten Absicht eintreten (nothwendige Rechtsfolgen). Man vergleiche die Stellen in Note 30 und außerdem z. B. l. 31. 32. 33 D. pro socio 17, 2: non affectione societatis — in re ipsa — qui nolunt; l. 13 § 1. 2 D. de her. inst. 28, 5: voluerit — potestate juris, dann die häufige Verwendung von ex re (actio venit), z. B. l. 46 D. de O. et A. 44, 7 (cf. l. 24 eod.), l. 73 D. de V. O. 45, 1. Ferner die obli-

---

73) So Röver S. 23—24. Vgl. auch Schall S. 43.

gatio ex voluntate nostra und necessitate in l. 52 D. de O. et A. 44, 7 [74]).

Interessant ist in dieser Beziehung auch die l. 13 § 2 D. comm. 13, 6: nec obstat, quod non hac mente cum eo . . . contraheremus quasi eum obligatum habituri (es ist keine Absicht auf den Rechtserfolg vorhanden): plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur (nothwendige Rechtsfolge), dazu § 1 i. f. J. quibus modis re 3, 14 für denselben Fall: sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is qui solvendi animo dat magis distrahere voluit negotium quam contrahere: d. h. die Haftung auf Rückgabe des indebitum ist eine nothwendige Rechtsfolge, weil sie unbeabsichtigt eintritt (vgl. die etwas andere Wendung in l. 5 § 3 D. de O. et A. 44, 7).

Die reichste Ausbeute gewährt die Lehre von der Interpretation. Fortwährend wird hier mit dem Willen (der Absicht) des Erklärenden operirt. Man lese z. B.

l. 115 § 2 D. de V. O. 45, 1 ex sententia contrahentium und quoniam fuisse voluntas probatur.

l. 31 D. de O. et A. 44, 7 quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spe-

---

74) Schloßmann führt S. 90 gegen den Satz von der bindenden Kraft des Willens unbegreiflicher Weise die l. 108 § 1 D. de V. O. 45, 1: nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit, an, welche nach ihm „das gerade Gegentheil besagt". Er mißversteht die Stelle völlig. Sie erklärt sich aus l. 17 eod.: stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata condicione, und l. 8 D. de O. et A. 44, 7: sub hac condicione ‚si volam' nulla fit obligatio. Das ist klar: wer sagt, ich will, wenn ich will, der sagt ausdrücklich, daß er jetzt nicht verpflichtet sein will.

ctetur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut . . .

l. 48 D. de A. E. V. 19, 1 id praestandum, quod sensisse intelleguntur.

l. 29 D. loc. 19, 2 verbum . . . utramque habere significationem, sed locatorem potius id videri voluisse ut . . .

l. 30 § 4 D. eod. non videri . . . id pactum esse . . . sed . . . voluisse.

l. 7 D. mand. 17, 1 considerandum erit, . . . voluerit . . . an.

l. 15 pr. C. de contr. stip. 8, 37 sed nobis sensum contrahentium discutientibus . . .

l. 7 § 8 D. de pactis 2, 14 utrum autem in rem an in personam pactum factum est[75]), minus ex verbis quam ex mente convenientium aestimandum est.

Und so unzählige Stellen.

Schließlich ist in keinem der Anwendungsfälle das Prinzip vom römischen Recht verleugnet worden: sowohl da nicht, wo bewußtermaßen jede juristische Absicht überhaupt fehlt: l. 3 § 2 D. de O. et A. 44, 7, als auch in den Fällen des Irrthums nicht: z. B. außer schon citirten Stellen l. 83 § 1 und l. 137 § 1 D. de V. O. 45, 1. § 23 J. de inut. stip. 3, 19. l. 57 D. de O. et A. 44, 7. l. 9 pr. D. de C. E. 18, 1[76]).

2. Das ist das Prinzip des römischen Rechts. Von Modifikationen dieses Prinzips ist nirgends die Rede. Insbesondere ist das Zugeständniß, das Windscheid[77]) macht — der Erklärende solle für den objektiven Sinn der Erklärung haften,

---

75) Das non der Flor. vor minus muß nach dem Sinn der Stelle gestrichen werden. S. die Note in Mommsen's Ausgabe.

76) Diese Stellen citirt auch Windscheid S. 15.

77) S. 31—33.

wenn er die Differenz zwischen Absicht und objektivem Sinn der Erklärung durch Arglist oder culpa lata verschuldet habe — nach den Quellen nicht gerechtfertigt. Gewiß muß es zum Nachdenken auffordern, daß die Römer, ein Volk mit so eminent praktischem Sinn, das Prinzip der herrschenden Lehre, welches unsere Gegner als völlig unzweckmäßig behaupten, in durchaus unangetasteter Geltung ließen. So wenig sie über die Unwirksamkeit der Mentalreservation sprechen, so wenig hören wir jemals einen Zweifel an der sonstigen Brauchbarkeit des Prinzips. Und doch hatten sie dieselben praktischen Bedürfnisse der Sicherheit des Verkehrs, der Bequemlichkeit in der Handhabung des Rechtssatzes u. dergl., die auch jetzt so laut ihre Befriedigung verlangen.

Es war oben versucht worden auszuführen, daß jedes Prinzip, welches man anstatt des herrschenden aufstellen könnte, in dem Verlauf seiner Folgesätze gerade wie das herrschende Prinzip selbst zu unbilligen oder unzweckmäßigen Entscheidungen führen würde, daß namentlich das Prinzip der gegnerischen Lehre den Zwecken des Verkehrs auch durchaus nicht gerecht wird. Das ist eine nothwendige Folge der Unvollkommenheit menschlicher Verhältnisse und menschlicher Erkenntnisse. Dem Leben bis in all seine launischen Kombinationen zu folgen und ihm mit all seinen seltsamen Einfällen gerecht zu werden, darf und soll das Recht nie versuchen; ein solches Polizeiregiment der Theorie wäre nur vom Uebel. Die Instanz vielmehr, die berufen ist, die Härten des Rechtssatzes zu mildern, ist der Richter. Die Rechtssätze haben nicht nur ein Leben in der Theorie, sondern sie gewinnen ihre wahre Bedeutung erst in ihrer Verwirklichung; sie leben erst wahrhaft, sobald sie auf das Leben wirken, denn leben *ist* wirken. Es hat ein Rechtssatz also gleichsam zwei Existenzsphären: die Sphäre der bloß systematischen Existenz und das Stadium seiner Verwirklichung. Er gewinnt

seinen Körper erst in der Anwendung auf das Leben — sie ist seine Fleischwerdung; wie aber der Geist, wenn er in die Verbindung mit dem Körper eintreten will, sich in gewisser Weise diesem unterwerfen, etwas von seiner Souveränetät opfern und sich mit dem Stoff abfinden muß: so muß auch der Rechtssatz, um verwendet zu werden und sich einzufügen in das Leben, es sich gefallen lassen, daß seine scharfen, mathematisch regelmäßigen Kanten und Ecken abgestumpft und abgeschliffen werden.

Recht haben und Recht bekommen ist zweierlei; denn wer Recht hat, muß darthun können, daß er Recht hat, und so die zur Verwirklichung des Rechts bestimmten Organe veranlassen, ihm zu dem Zustand zu verhelfen oder in dem Zustand zu schirmen, der dem Rechte, das er hat, entspricht. Für gewöhnlich wird diese Bemerkung nur als Vorwurf gegen die Legislation aufgefaßt. In sehr vielen, vielleicht den weitaus meisten Fällen mit Recht. Der an sich beste Rechtssatz, sagt man, ist nichts nütze, wenn es ihm an der formellen Realisirbarkeit fehlt; die Praktikabilität eines Rechtssatzes ist der Maßstab für seine Güte; insbesondere liegt in der Schwierigkeit oder Leichtigkeit des Beweises die Antwort auf die Frage: war der Rechtssatz schlecht oder gut? Ihering[78]) hat das Verdienst, in energischer Weise auf die außerordentliche Bedeutung der Gestaltung der Beweislehre und des Beweisverfahrens für die Beurtheilung des materiellen Rechts aufmerksam gemacht zu haben. „Die Kunst der zweckmäßigen Gestaltung des Thatbestandes" — das ist das leider noch unbearbeitete Thema, das er stellte. Aber dieses Thema bietet nicht nur den einen oben angegebenen Gesichtspunkt: je leichter die Realisirbarkeit, desto besser die Gestaltung des Thatbestandes — sondern unter Umständen auch den entgegengesetzten. Es darf nicht übersehen

78) Geist des röm. Rechts I S. 51—54. II 2 S. 306—312. III 1 S. 201—202.

werden, daß in der Schwierigkeit des Beweises für einen vom Recht erforderten Thatbestand vielfach nicht eine den Zwecken des Rechts hemmend entgegentretende Schranke liegt, welche von der Legislation sobald wie möglich fortgeräumt werden müßte, daß sie vielmehr oft als vortreffliche und höchst segensreiche Korrektur der Rechtssätze dient. Das ist unter allen Umständen richtig, daß der praktische Werth der Rechte und die Schwierigkeit ihrer Geltendmachung in umgekehrtem Verhältniß zu einander stehen: aber gerade darin liegt für das objektive Recht eine unschätzbare Handhabe, unter Konservirung scharfer und klarer Rechtsbegriffe und aller ihrer Konsequenzen doch eine etwaige Unbilligkeit derselben für das Stadium der Verwirklichung und in demselben vollständig zu korrigiren. Ob Jemand überhaupt keine Waffe hat, oder ob die, welche er hat, so schwer ist, daß er sie nicht heben kann — das kommt auf dasselbe heraus. Wo demnach Unbilligkeiten in den Konsequenzen einer Theorie erscheinen, wird der Gesetzgeber noch nicht sofort bereit sein dürfen, diese Theorie, die vielleicht in anderer Beziehung von größtem praktischem Werth ist, umzustoßen: sondern er wird zusehen müssen, ob sich diese Theorie nicht in dem Prozeß ihrer konkreten Verwirklichung genügend selbst korrigirt; ist das nicht der Fall, so wird er vielleicht durch irgend eine leichte Aenderung des Beweisrechts Abhilfe schaffen können — dem Berechtigten ist damit seine Waffe nicht ganz genommen, aber die, welche er hat, ist so schwer, daß sie nur unter besonderen Umständen zu brauchen ist. Und in solchen Fällen, wo die Prätensionen eines Rechtssatzes von den Faktoren, mit denen er bei seiner Verwirklichung zu rechnen hat, korrigirt werden, wird man wieder, aber in anderem Sinne als oben, nämlich beifällig sagen dürfen: „Recht haben und Recht bekommen ist zweierlei: daß Du dieses Recht hast, das ist zwar wahr und schlimm genug, aber versuche es Dich darauf zu berufen: wer

wird es Dir glauben? Du wirst es beweisen müssen, und das kannst Du nicht!"

Diesen Weg hat denn auch das römische Recht in unserer Frage eingeschlagen. Es stellte das Prinzip der herrschenden Lehre als Prinzip auf und führte es in allen seinen Konsequenzen theoretisch ausnahmslos durch: die Korrektur aber aller etwaigen Unzweckmäßigkeiten überließ es dem Verwirklichungsstadium der Rechte. Wo nicht für den unbefangen Urtheilenden aus den Umständen selbst klar war, daß die geleugnete juristische Absicht wirklich gefehlt habe, da hörte man die Anführung nicht, daß dieselbe in der That nicht vorhanden gewesen sei: solche Behauptung macht sofort den Eindruck eines dolosen Winkelzugs: certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur, wie die (auch von Windscheid angezogne) l. 11 § 3 D. de instit. act. 14, 3 sehr lehrreich sagt. Ich halte es für einen sehr glücklichen Gedanken, daß die Entschuldbarkeit des Irrthums nichts sei als seine Beweisbarkeit, besser sein Glaublichsein aus den Umständen: Bähr[79]) und Brinz[80]) haben auf diesen letzteren Gedanken und auf die Doppelsinnigkeit von probabilis vortrefflich aufmerksam gemacht.

Hiermit wird denn der Richter in der Beurtheilung der Sachlage völlig frei — er stellt das Nichtvorhandengewesensein der Absicht nicht etwa zu weiterem Beweis, sondern geht über jene aus den Umständen selbst unerweisliche (non probabilis) und nicht glaubliche Behauptung zur Tagesordnung über: non audietur. So wenigstens darf er überall thun, wo er will, und oft genug wird er so thun. Sehr lehrreich ist in dieser

79) Die Anerkennung. 2. Aufl. 1867. S. 74—75.

80) Pandekten 1. Aufl. II S. 1404. Vgl. dagegen Schloßmann S. 114 Note.

Beziehung auch die l. 12 D. de transact. 2, 15: non est ferendus qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti ac non etiam quod posteriore legatum sit. si tamen postea codicilli proferuntur, non improbe mihi dicturus videtur de eo dumtaxat se cogitasse, quod illarum tabularum, quas tunc noverat, scriptura contineretur. Die Umstände lassen eben im ersteren Fall seine Behauptung als eine unglaubliche, im zweiten Fall als eine glaubliche erscheinen.

Wir dürfen sogar noch weiter gehen. Ueberall, wo es sich um psychische Thatsachen handelt, urtheilt der Richter nach Personen und Umständen, ex indiciis [81]), und wo ihm dergestalt die Thatsache festzustehen scheint, da läßt er weiteren Streit nicht zu. Das reiche Quellenmaterial für diese Ansicht läßt sich nur im Rahmen einer größeren Untersuchung recht verwerthen. Nur zwei Stellen möchte ich noch dafür anführen, daß ex indiciis auf das Vorhandensein einer psychischen Thatsache geschlossen wird: für den Beweis des Konsenses die l. 31 pr. D. de don. 39, 5 (cf. Fragm. Vat. § 253 a): . . . an autem maritalis honor et affectio pridem praecesserit, personis comparatis vitae conjunctione considerata perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium. Für den Beweis des dolus: l. 17 § 1 D. quae in fr. cred. 42, 8: Lucius Titius cum haberet creditores, libertis suis isdemque filiis naturalibus universas res suas tradidit. respondit: quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit et universa bona sua alienavit, intellegendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse . . .

81) l. 6 C. de dolo malo 2, 20: dolum ex indiciis perspicuis probari convenit. Freilich wird wohl richtiger insidiis gelesen werden müssen.

Wir sind am Schluß. Wie die Nichtberücksichtigung der Mentalreservation keine Modifikation des Prinzips ist, sondern aus der Machtvollkommenheit des Richters herfließt, der die Anführung einer propria turpitudo nicht duldet: so steht es auch in der Hand des Richters, da, wo es ihm nöthig scheint, die Berufung auf Irrthum und Scherz abzuschneiden. In seiner Macht ist es, durch das Wort: non probabilis alle Härten des Prinzips zu glätten, allen Forderungen des Lebens, allen Bedürfnissen des Verkehrs gerecht zu werden. Er sagt nicht: Du haftest, obwohl Du nur gescherzt, obwohl Du irrthümlich diese Erklärung abgegeben hast, sondern er sagt: Du haftest, weil Du es gewollt hast; daß Du nur gescherzt, daß Du Dich geirrt habest, glaube ich nicht.

Eine Gesetzgebung, die ihren Richtern vertraut, wird den vom römischen Recht vorgezeichneten Weg auch fürderhin gehen können, und das freie, den konkreten Verhältnissen sich anschmiegende Ermessen des Richters wird vernünftiger entscheiden, als irgend eine neue revolutionäre Theorie, welche ihm ein für alle Mal die Hände binden will.

Es werden freilich Fälle vorkommen, wo auf dem hier eben vorgeschlagenen Wege nicht zu helfen ist. Ueberall nämlich, wo durch selbständig thätige Mittel die juristische Absicht dem Anderen mitgetheilt wird, ist eine Differenz zwischen der Absicht, welche ich durch dieses Mittel habe mittheilen wollen, und derjenigen Absicht, welche durch das Mittel thatsächlich mitgetheilt worden ist, ohne Weiteres dem Richter erkennbar. Es gehören hierher die falsche Bestellung durch einen Boten, die Verstümmelung einer telegraphischen Depesche. Was nun diese Fälle betrifft, so ist es nicht unbedingt ausgeschlossen, den Erklärenden auf den objektiven Sinn der Erklärung wegen Vorhandenseins unbestimmter Absicht (vgl. oben III Nr. 4) haften zu lassen: warum sollte nicht sehr wohl ein Kaufmann von

vornherein, um seinen Kredit nicht zu schädigen, die Absicht haben, auch für das haften zu wollen, was der abgesandte Bote etwa fehlerhafter Weise anstatt dessen, was er erklären sollte, nachher thatsächlich erklärt hat?[82]). Wo dies indeß nicht der Fall ist, hilft das negative Vertragsinteresse — der Vertrag selbst ist nichtig. Ich möchte aber für diese Fälle das Erforderniß der culpa in contrahendo in vollem Umfange aufrecht erhalten wissen. Dem wirklich Unschuldigen eine Schadensersatzpflicht aufzuerlegen, entspricht dem Rechtsgefühl schwerlich; in den Fällen aber, auf die es gerade hier ankommt, liegt eine Verschuldung gewiß schon immer in der Wahl eines als nicht völlig zuverlässig bekannten Mittels[83]).

VI.

Resultate.

Die Ergebnisse dieser Abhandlung für das geltende Recht sind:

Das Prinzip des römischen Rechts für die Willenserklärungen lautet: Kein objektiv als beabsichtigt erklärter Rechtserfolg ohne Absicht. Von diesem Prinzip gibt es Ausnahmen nicht.

Die durch Zweckmäßigkeitsgründe gebotenen Ausnahmen werden zur Beachtung dem Verwirklichungsstadium des Rechts überwiesen: auf die Mentalreservation darf sich Niemand beru-

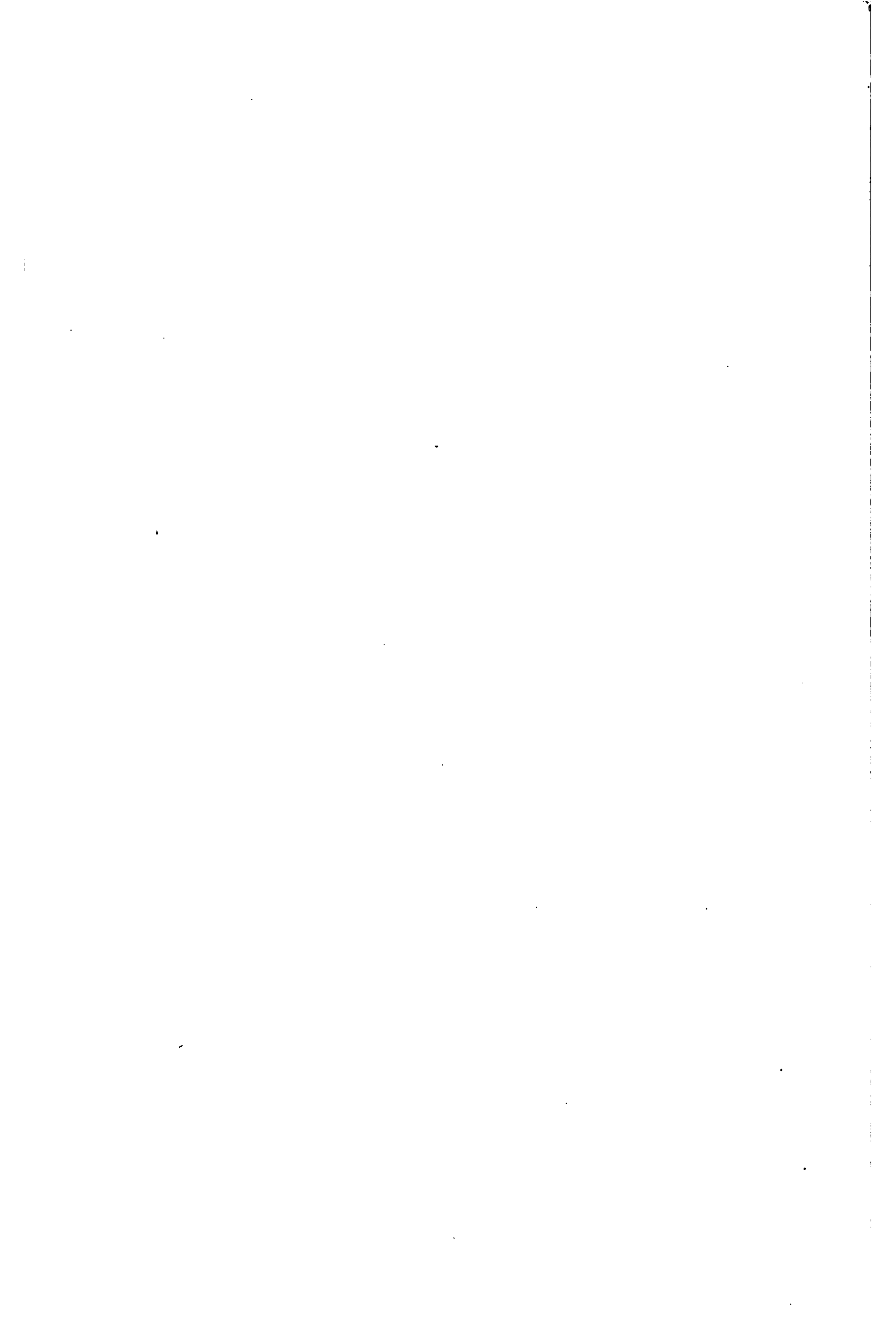
82) In solchem Fall eignet sich der Erklärende „das Resultat" des zur Erklärung gewählten Mittels, wie es auch ausfallen möge, als seine Erklärung an, d. h. er beabsichtigt von vornherein alles das, was schließlich von dem gewählten Mittel als beabsichtigt erklärt wird. Unter dem „Sichaneignen" einer Erklärung wird kaum etwas Anderes gedacht werden können, als daß man die von dem Mittel erklärte Absicht als eigne Absicht gelten lassen will. Insofern kann ich der von Windscheid Pandekten II § 309 Note 6 i. A. gegebenen Formulirung nicht beistimmen.

83) Ihering in seinen Jahrbüchern IV S. 83—84. Mindestens für diese Fälle also scheint mir die Bemerkung von Ihering (in seinem „Schuldmoment" S. 38 Note 73) gegen sich selbst nicht gerechtfertigt.

sen, weil sie unsittlich ist; eine sonstige Differenz zwischen dem, was der Erklärende beabsichtigt, und dem, was der Empfänger der Erklärung als beabsichtigt angenommen hat, insbesondere bei Obwalten eines Irrthums, wird, wenn sie sich aus den Umständen des Falls nicht sofort ergibt, auch nicht geglaubt und darum nicht berücksichtigt.

Wo nach den besonderen Umständen des Falls die Differenz zwischen dem, was der Erklärende beabsichtigt, und dem, was der Empfänger der Erklärung als beabsichtigt angenommen hat, unzweifelhaft ist und den Erklärenden eine Schuld trifft, haftet er auf den schuldhaft verursachten Schaden, d. h. auf das negative Vertragsinteresse. Diese Haftung ist indeß keine Ausnahme von dem Prinzip, denn sie betrifft nicht die Rechtsbeständigkeit der Willenserklärung, sondern ist selbständige Konsequenz eines anderen Prinzips, des Prinzips der Verschuldung.

Druck von Ed. Frommann in Jena.






Inhalt.

Druck von Ed. Frommann in Jena.

